This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

**Usage guidelines**

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

**About Google Book Search**

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 198 388

ER
91.3
EV

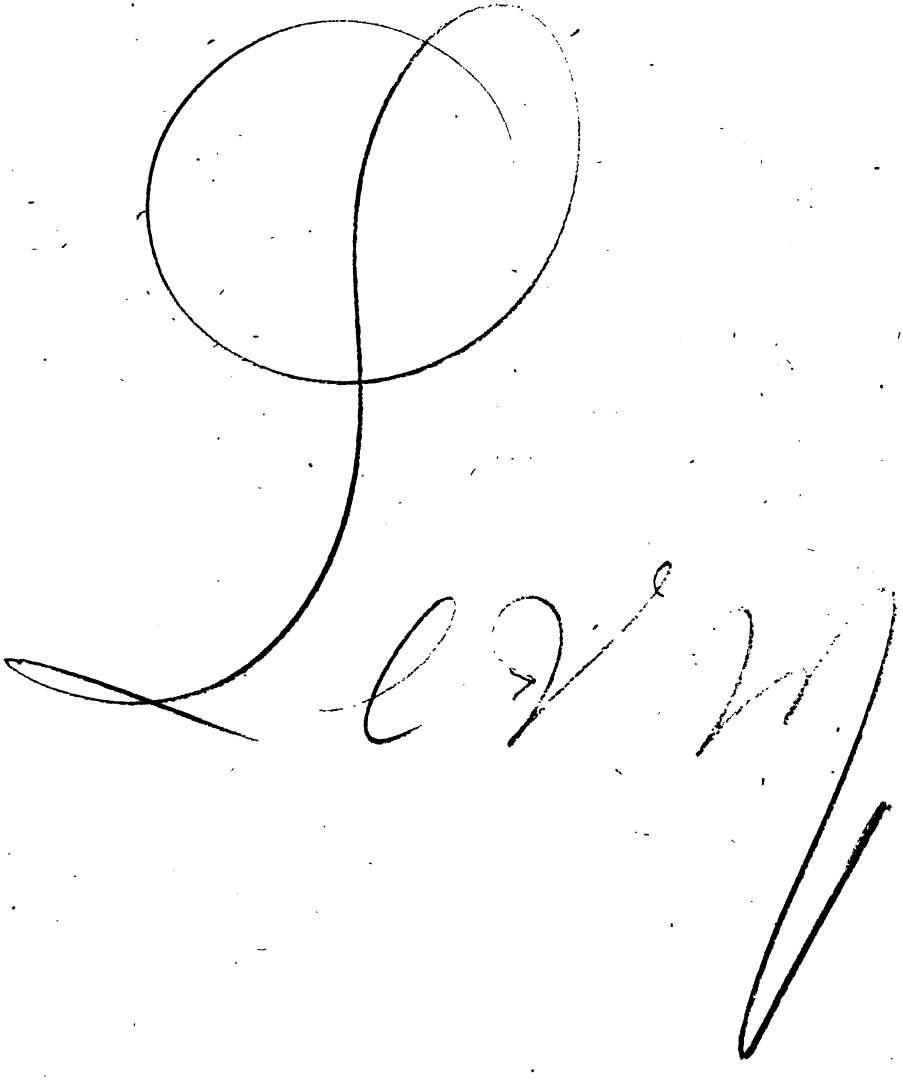
Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

Received Oct. 2, 1905

Digitized by Google

Germany



Digitized by Google

Digitized by Google

Die

# zweite Instanz

in

# bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten.

## Zur Vertheidigung

des im Preußischen Justiz-Ministerium bearbeiteten

## Entwurfs einer Deutschen Civilproceß-Ordnung

von

**M. Levy,**
Rechtsanwalt und Notar in Fraustadt.

Motto:
Wenn Jemand dadurch, daß der ganze Gegenstand in ihm gewirkt hat, eine entsprechende Form oder Weise des Denkens empfängt, so ist es klar, daß er ein ganz anderes Gefühl von der Form oder Beschaffenheit des Gegenstandes bekommt, als ein Anderer, der nicht so viele Ursachen des Erkennens gehabt hat.
Spinoza.
(Kurzgefaßte Abhandlung von Gott u. s. w.)

**Berlin 1871.**

**Puttkammer & Mühlbrecht.**
Buchhandlung für Staats- und Rechtswissenschaft
Unter den Linden 64.

Digitized by Google

Rec. Oct. 2, 1905

Digitized by Google

Die neuen Wege, welche der im Preußischen Justiz-Ministerium bearbeitete Entwurf einer Deutschen Civilproceß-Ordnung bezüglich der Rechtsmittel gegen die Endurtheile der collegialischen Gerichte erster Instanz eingeschlagen hat, sind bekanntlich schon auf dem diesjährigen Juristentage in Stuttgart ein Gegenstand lebhafter Anfechtung gewesen. Neuerdings hat einer der hervorragendsten Gegner des Entwurfs, Herr Oberappellations-Gerichtsrath Dr. Bähr in Berlin in einer besonderen Abhandlung („das Rechtsmittel zweiter Instanz im Deutschen Civilproceß ꝛc. von Dr. O. Bähr" Jena, Mauke's Verlag 1871) seinen auf dem Juristentage erhobenen Warnungsruf gegen die Annahme der vorgeschlagenen Neuerungen auf das Eindringlichste wiederholt, und zu begründen versucht.

In der That kann man sich nicht verhehlen, daß die angefochtenen Bestimmungen des Entwurfes etwas Ueberraschendes haben, nicht als ob das Verlangen nach Einschränkung der Appellation auf dem Gebiete der Thatfragen oder weitergehend nach Ersetzung derselben durch eine bloße revisio in jure so ganz neu und unerhört wäre, — die Motive des Entwurfes nehmen vielmehr selbst dieserhalb auf die Autorität des Professors Plank in München Bezug, und der Schreiber dieser Zeilen, si licet magnis componere parva, hat schon in seinem 1869 veröffentlichten Aufsatze über den Entwurf einer Prozeß-Ordnung für den Norddeutschen Bund es offen ausgesprochen, wie er kein Bedenken tragen würde, die Beschränkungen, welche man dem Appellations-Richter in Strafsachen bezüglich einer Abweichung von der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters auferlegt hat, auch für den Civil-



Digitized by Google

proceß zu adoptiren. (Dr. Behrend, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Band III., Seite 320).

Die überraschende Wirkung ist wohl in der Hauptsache dem Umstande zuzuschreiben, daß ein Gedanke, welchem zwar Mancher für die zukünftige Gestaltung des Processes gern eine gewisse Berechtigung zugeschrieben, dessen nahe Verwirklichung aber Niemand erwartet hätte, plötzlich in leibhaftiger Gestalt auftritt, und sich unbekümmert um sein fremdartiges Gewand, als wäre er ein alter Bekannter, in unsere gewissermaßen geschlossenen Gesellschaft von Proceßmaximen zu mischen droht. Da ergreift selbst den Kühnsten eine Art von Gespensterfurcht, und man wird versucht, blindlings auf die neue Erscheinung loszuschlagen, ohne ihr einmal ordentlich ins Gesicht zu sehen, und ihre vielleicht gar nicht so unfreundlichen Züge näher zu betrachten. Nicht der Schrift des Herrn Dr. Bähr soll ein derartiger Vorwurf gemacht werden, im Gegentheil muß ihr Jeder, der sie gelesen, das Zeugniß ausstellen, daß sie in eingehender und gründlicher Weise die neuen Vorschläge untersucht und ihre voraussichtlichen Wirkungen im Zusammenhange des Processes anschaulich zu machen bestrebt ist, — um dann allerdings das schon einmal über sie ausgesprochene Verdammungsurtheil zu bestätigen. Aber freilich, eine leise Anwandlung von Schwarzseherei glaube ich auch in der Bähr'schen Abhandlung hier und da zu entdecken. Ich zähle hierzu, um es gleich zu sagen, die Besorgniß vor dem Anheimfallen sämmtlicher Rechtsinteressen an den „Kreisrichter" (Vergl. a. a. O. Seite 61, 31.) ein Punkt, auf dessen sachliche Erörterung ich später zurückkomme. An dieser Stelle will ich nur bemerken, daß die Hinweisung auf jenen der Preußischen sogenannten Conflictszeit entsprungenen Popanz, welcher in gewissen Gesellschaftskreisen allerdings noch immer eine Art von Grauen erregt, auf mich nicht den gleichen Eindruck unbefangener Würdigung gemacht hat, wie der sonstige Inhalt der Bähr'schen Schrift. Doch sei dem wie ihm wolle, so viel steht fest: ein so eingreifender Schnitt in den Körper des bestehenden Rechtsmittelsystems wie die Substitution einer bloßen revisio in jure an Stelle der Berufung gegen die Endurtheile der Collegialgerichte verdient gewiß eine sehr ernstliche und vielseitige Erwägung; andererseits aber scheint mir ebenso gewiß die Forderung am Platze zu sein, daß man bei der Prognose für jene Operation sich einen be-

Digitized by Google

sonders unbefangenen Blick aneigne und sich namentlich aller an die hergebrachten Zustände geknüpften Vorurtheile entäußere, eben weil die Neuheit des Vorschlages in seiner practischen Gestalt recht eigentlich dazu angethan ist, die Unbefangenheit des Blickes zu trüben und die Wirksamkeit jener Vorurtheile zu beleben.

Nach diesen einleitenden Worten scheue ich mich nicht, auszusprechen, daß ich nach einer, wie ich glaube, eingehenden Prüfung der angefochtenen Vorschläge des Entwurfes und der dagegen erhobenen Bedenken zu dem entgegengesetzten Resultate gekommen bin, als Herr Dr. Bähr. Ich will in Nachstehendem den Versuch machen, das von mir gefundene Resultat zu begründen, und dabei die Bähr'sche Darstellung und ihre Angriffe Schritt für Schritt ins Auge fassen.

Herr Dr. Bähr geht bei seiner Untersuchung von einem Vergleiche des Rechtsmittels der „Revision" im Sinne des neuen Entwurfes mit der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde und dem Französischen Cassationsrekurse aus und zwar zuvörderst unter Berücksichtigung zweier Hauptfragen, nämlich:

1. in welchem Umfange begangener Rechtsverletzung der Parthei eine Beschwerde zusteht,
2. wie diese Beschwerde zu begründen ist.

Was den Umfang des Beschwerderechts anlangt (ad 1) so wird behauptet, daß die „Revision" im Sinne des Entwurfes nach der einen Richtung hin, in Bezug auf die Rüge materieller Gesetzesverletzungen, sich von der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde und dem Cassationsrecurse durch Nichts unterscheide, nach der andern Richtung hin aber, nämlich in Bezug auf die Rüge processualischer Verstöße enger und eingeschränkter sei, als die erwähnten Rechtsmittel des Preußischen und Französischen Rechtes, und nur etwa mit der Cassation des Hannoverschen Proceßrechtes verglichen werden könne. Beiläufig wird behauptet, der Unterschied zwischen materieller und processualischer Nichtigkeit bestehe darin, daß es bei letzterer nicht darauf ankäme, ob rechtsgrundsätzlich geirrt ist, daß vielmehr auch eine unrichtige thatsächliche (concrete) Beurtheilung der Nichtigkeit unterliege, und daß die Zurückführung der im Entwurfe aufgezählten processualischen Nichtigkeiten auf die Fiction einer Gesetzesverletzung daher die Gesichtspunkte verstelle.

Digitized by Google

Was die Art der Begründung des Rechtsmittels (ad 2) anbetrifft, so wird der einzige wirkliche Unterschied zwischen der Revision einerseits und der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde und dem Cassationsrekurse andererseits in dem Zeitpunkte für die Anbringung der Beschwerden gefunden; indem für die letzteren beiden Rechtsmittel die Einreichung der Beschwerdeschrift, für die Revision dagegen die mündliche Verhandlung in zweiter Instanz den entscheidenden Zeitpunkt bilde. Diese Differenz wird jedoch als nicht sehr erheblich bezeichnet, und die Ueberzeugung ausgesprochen, daß practisch das Verfahren des Entwurfes von dem des Französischen und Preußischen Rechtes sich nicht wesentlich verschieden gestalten werde.

Schon diese ganze einleitende Kritik widerspricht meines Erachtens dem Inhalte des Entwurfes, und liefert den Beweis, daß der Verfasser in den Gedanken desselben nicht genügend eingedrungen ist. Erforderniß der Revision ist nach dem Entwurfe:

> „daß die angefochtene Entscheidung auf einer Verletzung des Gesetzes **beruhe.**"

Als Verletzung des Gesetzes wird die unterlassene oder falsche Anwendung einer Rechts**norm** bezeichnet. Herr Dr. Bähr identificirt nun ohne Weiteres diese Requisite mit dem Erforderniß der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde: Verletzung oder unrichtige Anwendung eines Rechts**grundsatzes** sowie mit dem entsprechenden des Cassationsrecurses: Contravention à la loi, und kommt auf diese Weise zu dem ad 1. erwähnten Resultate. Daß der Ausdruck „Rechtsnorm" unter Umständen gleichbedeutend mit dem Ausdrucke „Rechtsgrundsatz" gebraucht werden kann und gebraucht wird, unterliegt keinem Zweifel. Der Text des Entwurfes lehrt aber selbst, daß dies vorliegend nicht geschehen ist. Der §. 466 des Entwurfes läßt zur Begründung des Entwurfes die Behauptung zu:

> „daß unter Verletzung des Gesetzes **Thatsachen** festgestellt, übergangen oder als vorgebracht angenommen seien".

„Verletzung des Gesetzes" heißt hier wieder entsprechend der Definition des §. 461 nichts anderes als unterlassene oder falsche Anwendung einer Rechtsnorm.

Digitized by Google

Dies ist an sich unbedenklich und wird durch die Motive bestätigt.

Es heißt dort (S. 378 zu §. 466, 469):

„Wird endlich eine bestimmte Aenderung in der Feststellung des Sachverhältnisses verlangt, so kann neben Bezeichnung der verletzten Rechtsnorm eine nähere Bezeichnung der verlangten Aenderung nicht fehlen",

und übereinstimmend hiermit (Seite 374):

„Ebenso ist die Verletzung einer Rechtsnorm bei Feststellung des Sachverhältnisses für die Begründung der Revision unerheblich, wenn" u. s. w.

Nun versteht das Preußische Gesetz über die Nichtigkeitsbeschwerde bekanntermaßen unter Verletzung von Rechtsgrundsätzen nur den Verstoß gegen materielle Rechtsvorschriften, bestehe er nun in einer directen Verkennung ihres Inhalts oder in unrichtiger Subsumtion der Thatsachen unter das Gesetz; dagegen die unrichtige Feststellung der Thatsachen selbst wird von der Preußischen Verordnung zu den processualischen Verstößen gezählt, was auch der Verfasser in der Anmerkung auf S. 9 als das allein Sachgemäße hervorhebt. Abweichend davon läßt der Entwurf, wie nachgewiesen, die Verletzung einer Rechtsnorm auch als Ursache unrichtiger Feststellung des Sachverhältnisses erscheinen. Schon daraus ergiebt sich unzweifelhaft, daß der Ausdruck Rechtsnorm in einem viel weiteren Sinne zu verstehen ist, als der Ausdruck Rechtsgrundsatz in dem Gesetze über die Preußische Nichtigkeitsbeschwerde. Der erstere Ausdruck ist offenbar gewählt, um alle Gesetzes-Verletzungen, sowohl processualische als materielle im weitesten Sinne zu umfassen, wie auch die Motive an mehreren Stellen bezeugen. Ob die Auswahl des Wortes eine glückliche ist, mag dahin gestellt bleiben, über den Sinn desselben aber kann meines Erachtens schon aus dem Texte des Entwurfes kein Zweifel entstehen, und es ist in der That zu verwundern, wie Herr Dr. Bähr zu der gerügten Mißdeutung gekommen ist. Erklärlich ist dieselbe nur daraus, daß unmittelbar hinter der Einführung des Ausdruckes Rechtsnorm in §. 462 die Aufzählung verschiedener Verstöße gegen das Verfahren folgt, und daß der Verfasser der Kritik sich dadurch hat verleiten lassen, zwischen den §§. 461

Digitized by Google

und 462 des Entwurfes einerseits und zwischen Nr. 1 und 2 des §. 4 der Verordnung vom 14. December 1833 andererseits einen Parallelismus anzunehmen, welcher in Wirklichkeit nicht vorhanden ist. Hierbei ist so recht zu erkennen, wie die Gewöhnung an das bestehende Recht geeignet ist, den Blick auch des geübtesten Juristen für das neu-einzuführende Recht zu blenden. Herr Dr. Bähr hat die Stellung des §. 462 des Entwurfes, dies behaupte ich mit der größten Bestimmtheit, gänzlich mißverstanden. Er nimmt an, daß diese Vorschrift bestimmt sei, die mit der Revision zu rügenden processualischen Verstöße zu erschöpfen. Davon ist sie aber weit entfernt, sie will nur sagen, daß die einzelnen darin aufgeführten processualischen Verstöße immer zur Aufhebung der ersten Entscheidung führen müssen, auch wenn nicht ersichtlich ist, daß die Entscheidung auf ihnen **beruhe**, — also nicht eine Gesetzesverletzung wird damit fingirt, solche ist ja wirklich gegeben, sondern die Fiction betrifft nur den Zusammenhang zwischen der Entscheidung und der Gesetzesverletzung, welcher Connex in allen andern Fällen nicht fingirt wird, sondern ersichtlich sein muß, um zu einer Aufhebung des Urtels zu führen.

Der §. 462 enthält die eigentlichen Nichtigkeiten des Verfahrens, welche das Urtel erster Instanz in allen Fällen beseitigen, während sonstige Verletzungen materieller und processualischer Rechtsnormen nur dann die Vernichtung des Urtels zur Folge haben sollen, wenn die Entscheidung mit ihnen steht und fällt. In diesen völlig correcten Gedanken des Entwurfes, der allerdings von dem Schema der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde wesentlich abweicht, hat Herr Dr. Bähr sich nicht gefunden, was um so weniger zu begreifen ist, als die Motive (S. 377) denselben ausführlich entwickeln.

Nach diesen Ausführungen wird es nicht zweifelhaft sein, daß die „Revision" im Sinne des Entwurfes den Umfang des Beschwerderechts viel weiter begrenzt, als die Preußische Nichtigkeitsbeschwerde. Evident ist dies in Bezug auf die processualischen Gesetzesverletzungen, welche von der Preußischen Verordnung auf einzelne Fälle beschränkt sind, während der Entwurf dem Revisionsrichter in dieser Beziehung freien Spielraum läßt, insofern nur ein unzertrennlicher Causalzusammenhang zwischen der Entscheidung und der Verletzung des Gesetzes nachgewiesen

Digitized by Google

wird. Beispiele sind: Feststellung oder Uebergehung von erheblichen Thatsachen im Widerspruche mit den Vorschriften von dem beiden Partheien zu verstattenden rechtlichen Gehör, ferner entgegen den positiven Beweisregeln über die gerichtlichen Geständnisse, öffentliche oder Privaturkunden, geschehene Ableistung oder Ablehnung von zugeschobenen Eiden (§§. 477, 431, 237, 350, 351, 392). Aber auch in Beziehung auf die Verletzungen materieller Vorschriften muß angenommen werden, daß das Rechtsmittel des Entwurfes den Umfang des Beschwerderechtes weiter ausdehnt, als die Preußische Nichtigkeitsbeschwerde. Der Gebrauch des Wortes „Rechtsnorm" deutet schon darauf hin, daß nicht bloß Verstöße gegen fundamentale Principien des Rechtes gemeint sind, sondern auch materielle Rechtsregeln von minderer Bedeutung, wie beispielsweise gesetzliche Auslegungsregeln, soweit sie praesumtiones juris sind und anerkannte Sätze über die Beweislast — (s. Begründung des Entwurfes S. 316 oben) — die Richtigkeit dieser Interpretation wird sich jedoch mit Evidenz erst bei der Erörterung der zweiten Hauptfrage des Herrn Dr. Bähr, sowie im weiteren Verlauf dieser Abhandlung ergeben.

Auch hinsichtlich der zweiten Hauptfrage, betreffend die Art der Begründung des Rechtsmittels, ist Herr Dr. Bähr meines Erachtens im Irrthum, wenn er behauptet, daß der einzige wirkliche Unterschied zwischen der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde und der Revision nach dem Entwurfe in dem Zeitpunkte für die Anbringung der Beschwerden liege. Diese Differenz ist allerdings keine sehr wesentliche, aber sie ist auch weder die einzige noch die hauptsächlichste. Das unterscheidende Merkmal in der Begründung des Rechtsmittels liegt vielmehr darin, daß die Preußische Nichtigkeitsbeschwerde ebenso wie der Cassationsrekurs „die specialisirte Angabe der Nichtigkeitsgründe überhaupt als obligatorisch vorschreibt", und demgemäß die richterliche Beurtheilung der Sache auf diese speciellen Angriffe beschränkt, während der Entwurf eine specialisirte Rüge auch für die mündliche Verhandlung nicht obligatorisch verlangt, und die richterliche Beurtheilung an die Angriffe des Beschwerdeführers nicht bindet. Wenn der Text des Entwurfes darüber irgend einen Zweifel ließe, — was jedoch nicht der Fall ist — so sprechen

Digitized by Google

doch die Motive deutlich genug, um jedes etwaige Bedenken darüber zu beseitigen. Es heißt dort (S. 375):

„Die zur Begründung des zu stellenden Antrages auf Aufhebung des Urtheils beizufügende Rüge der stattgehabten Gesetzesverletzung ist ebenso wie die Anzeige des zu stellenden Antrages nur vorbereitender Natur (§. 466); sie kann ohne Nachtheil für den Erfolg des Rechtsmittels unterbleiben und bei der mündlichen Verhandlung geändert oder ergänzt werden. In der Natur der Sache liegt es, daß die Parthei, um den Erfolg des Rechtsmittels zu sichern, den Punkt, an welchem das Urtheil angreifbar ist, aufsucht und bei der mündlichen Verhandlung hervorhebt. Sie kann dies ohne jede Schranke ausführen, und eine vollständige Erörterung der Sache, für welche auch das Gericht zu sorgen hat, wird dahin führen, daß keine Gesetzesverletzung, welche dem Urtheil zu Grunde liegt, unerörtert bleibt. Es genügt aber der Vortrag des Sachverhältnisses mit dem darauf gestützten Antrage, um jede wirklich vorliegende Gesetzesverletzung zur Entscheidung des Richters zu bringen; am wenigsten ist eine bestimmte Formulirung angeblich verletzter Rechtsnormen erforderlich. Deshalb ist es nur thatsächlich richtig, daß die Gesetzesverletzung, welche die Aufhebung des Urtheils begründet, von der Parthei gerügt wird. Rechtlich ist die Aufhebung des Urtheils von einer solchen ausdrücklichen Rüge ebenso unabhängig, wie die Zurückweisung der Revision von einer besseren Begründung des angefochtenen Urtheils durch den Revisionsbeklagten, immer vorausgesetzt den Vortrag des Sachverhältnisses durch die Partheien." Das was hier die Motive mit klaren Worten aussprechen, führt Herr Dr. Bähr auf Seite 12 nur als eine Hypothese an, meint aber, daß, wenn dies der Gedanke des Gesetzes wäre, derselbe an der Unausführbarkeit scheitern würde. Er supponirt dabei allerdings den äußersten Fall, daß nämlich der Beschwerdeführer in der mündlichen Verhandlung sage:

> „Ich beschwere mich über Gesetzesverletzung und beantrage Aufhebung des angefochtenen Urtheils; worin die Gesetzesverletzung liegt und inwieweit das Urtheil aufzuheben sei, Richter, da siehe Du zu."

Wenn es sich blos um den möglichen Fall handelte, daß ein

Digitized by Google

Anwalt so sprechen könnte, so verlohnte es sich freilich nicht, ein neues Rechtsmittel zu construiren. Aber zwischen diesem äußersten Falle und dem Formalismus der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde liegt doch wahrlich ein weites Feld practischer Angriffe. In vielen Fällen wird der Advokat nach dem Vortrage des Sachverhältnisses sich genügen lassen können mit der Andeutung, daß beispielsweise die gesetzlichen Vorschriften über Erwerb und Verlust von Eigenthum, über die Form der Verträge, über den maritalischen Nießbrauch, über die Beweislast u. s. w. verletzt seien, ohne daß er genöthigt ist, wie bei der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde, den verletzten Rechtssatz zu formuliren oder die verletzte Gesetzes-Vorschrift genau zu bezeichnen. Man braucht nur einige Bände der Entscheidungen des Ober-Tribunals durchzublättern, wenn man die Fälle nicht gegenwärtig hat, um sich zu überzeugen, daß eine große Anzahl von Nichtigkeitsbeschwerden als unsubstantiirt zurückgewiesen wird, welche nach dem Rechtsmittel des Entwurfes unbedingten Erfolg haben müßten. Ein fleißiger Anwalt wird selbstredend, um seiner Parthei zum Siege zu verhelfen, die Anfechtungsgründe so genau wie irgend möglich specialisiren und erläutern, und wenn er ein guter Jurist ist, so wird er auch in der Regel den richtigen Anfechtungsgrund treffen. Aber nicht alle Anwälte sind fleißig und zugleich gute Juristen, und sofern sie auch beide Eigenschaften vereinigen, können sie dennoch einen Angriffspunkt in Wirklichkeit oder nach der Meinung des Gerichtshofes verfehlen oder unrichtig formuliren. In solchen Fällen ist der Preußische Nichtigkeitsrichter außer Stande zu helfen, während der Revisionsrichter des Entwurfes zwar den unrichtigen Angriff verwerfen, das Urtheil aber dessenungeachtet aus einem andern, vermeintlich richtigen, Gesichtspunkte aufheben, und dem revidirenden Anwalte eine schätzbare Belehrung ertheilen wird.

Herr Dr. Bähr ist demgegenüber zwar der Meinung, daß der Anwalt thatsächlich genöthigt sei, die Revisionsbeschwerden zu specialisiren, weil sich sein Vortrag sonst ins Vage verlieren würde, hierauf ist jedoch zu erwidern, daß eine solche Alternative zwischen einem ganz vagen Vortrage und einer Specialisirung der Beschwerden im Sinne des Preußischen Rechtsmittels in Wirklichkeit nicht besteht, daß vielmehr, wie schon ausgeführt, ein großes Gebiet practischer Angriffsweisen dazwischen liegt. Nicht minder muß bestritten werden, daß das Gericht

Digitized by Google

deshalb thatsächlich verhindert sei, über die specialisirten Nichtigkeitsgründe hinauszugehen, weil es darüber hinaus den Streitstoff nicht beherrsche. Einmal wird dem Gerichte in den Vorträgen der Anwälte der gesammte Streitstoff wohl regelmäßig unterbreitet werden, soweit dies aber nicht geschieht, wird freilich ein stoffliches Hinausgehen über die specialisirten Nichtigkeitsgründe unmöglich sein, wohl aber ein juristisches, sei es nun, vermöge genauerer Präcisirung eines dunkelen Angriffspunktes oder vermöge einer Modification der den Angriffen zu Grunde liegenden rechtlichen Auffassung. Herr Dr. Bähr widerlegt sich selbst in der Anmerkung auf S. 13 und 14, wo er hervorhebt, daß man in der Praxis des Ober-Appellations-Gerichts unter der Herrschaft der Verordnung vom 24. Juni 1867 es sich in der Regel genügen lasse, wenn nur die Richtung der Beschwerde erkennbar ist. Hierin liegt aber doch eine sehr wohlthätige Differenz gegenüber der Praxis des Ober-Tribunals unter der Herrschaft der Verordnung vom 14. December 1833. Wenn hinzugefügt wird, daß jene freie Beurtheilung nicht ausreiche, das Unbefriedigende des Rechtsmittels zurücktreten zu lassen, so mag dies wohl darin seinen Grund haben, daß auch die Verordnung vom 24. Juni 1867 der Nichtigkeitsbeschwerde noch zu enge Grenzen steckt. Oder hat die Praxis des Ober-Tribunals auf die des Ober-Appellations-Gerichts unmerklich einen gewissen Einfluß geübt? Ich will dies dahin gestellt sein lassen, so viel glaube ich erwiesen zu haben, daß das Rechtsmittel des Entwurfes sowohl was den Umfang des Beschwerderechtes, als was die Art der Begründung der Beschwerden und die damit zusammenhängende Stellung des Richters zu der Beschwerde und dem angegriffenen Urtheil betrifft, ein viel weiteres und freieres ist, als die Preußische Nichtigkeitsbeschwerde und der Französische Cassationsrekurs, und zwar nicht blos nach der Intention des Gesetzes, sondern auch nach den voraussichtlichen practischen Wirkungen. Wenn noch ein weiterer Belag hierfür aus der Gerichtspraxis gefordert wird, so erinnere ich an das Rekursverfahren im Preußischen sogenannten Bagatell-Processe. Die Erfordernisse für den Rekurs sind im Wesentlichen dieselben wie die der Nichtigkeitsbeschwerde, nur mit dem Unterschiede, daß eine Formulirung der Beschwerdepunkte nicht

Digitized by Google

vorgeschrieben ist. Zur Anbringung des Rekurses genügt die Erklärung, daß Recurrent sich über die geschehene Abweisung resp. Verurtheilung beschwere. Wenn nun auch in der Regel diese Beschwerden näher begründet werden, so bindet sich doch die Praxis der Preußischen Appellations-Gerichte keineswegs ängstlich an solche Begründungen, welche zum größten Theile von Nichtsachverständigen verfaßt werden, sondern unterzieht den Streitstoff einer freien rechtlichen Würdigung, wobei auch in weiterer Consequenz der materielle Umfang des Beschwerderechtes nach allen Richtungen hin ausgedehnter gefaßt wird, als in der Praxis der Nichtigkeitsbeschwerde. Diese Erscheinung bürgt dafür, daß die Besorgnisse des Herrn Dr. Bähr wegen der Behandlung der Revision in der zukünftigen Praxis der Oberlandesgerichte sich nicht realisiren werden. Ueberhaupt ist meiner Ueberzeugung nach für die Gestaltung des Rechtsmittels im Leben und in der Praxis die mehr oder minder freiere Stellung des Richters zu der angefochtenen Entscheidung das eigentlich Bestimmende. Dies gilt auch namentlich von dem materiellen Umfange des Beschwerderechtes. Kein Gesetzgeber ist im Stande, diesen Umfang, soweit er überhaupt beschränkt wird, durch Formeln oder Definitionen so scharf zu begrenzen, daß nicht ein gewisser Spielraum für die mehr oder minder freie practische Handhabung übrig bliebe. So wird die Elasticität solcher Ausdrücke, wie „Verletzung von Rechtsgrundsätzen, Rechtsnormen, Rechtsregeln, Gesetzen" naturgemäß in demselben Verhältnisse wachsen, als die Stellung des Beschwerderichters eine ungebundenere wird gegenüber der anfochtenen Entscheidung.

Daß aber die freiere Stellung den Richter zu dem Versuche auffordere oder dränge, „den Proceß nach Nichtigkeitsgründen aller Art von Amtswegen zu durchforschen", wie Herr Dr. Bähr unterstellt, ist nicht einzusehen. Wenn dem Richter die Verletzung einer Rechtsnorm sich nicht unmittelbar aus der lebendigen Anschauung des Sach- und Streitverhältnisses aufdrängt, welche Veranlassung sollte er haben, von Amtswegen auf Nichtigkeitsgründe Jagd zu machen? Dieses Geschäft wird er getrost dem Advocaten überlassen. Zu einer künstlichen Vereinbarung eines ungeschickten Angriffes aber mit einer wirklich vorhandenen und ungesucht erkannten Rechtsverletzung wird der Richter nur in dem Falle versucht, wo das Gesetz seine Beurtheilung auf

Digitized by Google

die vorliegenden Angriffs-Formeln beschränkt, also bei gebundener Stellung.

Herr Dr. Bähr fährt in seiner Kritik damit fort, daß er zwei mehr formelle Abweichungen der Revision im Sinne des Entwurfes von dem Cassationsrecurse, bezüglich der Vorprüfung der Beschwerde und der Zurückweisung der Sache in die vorige Instanz, hervorhebt — was ich übergehe — und daß er folgende Behauptungen aufstellt:

> „Der eigentliche Grund des formalistischen Charakters der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde liege in der materiellen Seite des Rechtsmittels, in der Unnatur der Trennung der Rechtsfrage von der Thatfrage. Diese Seite habe das Rechtsmittel des Entwurfes mit dem des Französischen und Preußischen Rechtes völlig gemein, und man werde daher die auf dem Gebiete des letzteren gemachten, gerade an diese Seite der Sache sich anknüpfenden Erfahrungen auch im vollen Maaße für jenes Rechtsmittel verwerthen dürfen."

Es ist nöthig, diese Sätze eingehend zu prüfen und auf ihren wahren Werth zurückzuführen. Den mehr oder minder formalistischen Charakter eines Rechtsmittels hat man bisher nach dem größeren oder geringeren Maaße bestimmter Formen resp. Formalitäten für seine Anbringung und Einführung bestimmt. Zu solchen Formen gehören unter Andern: Der Gebrauch bestimmter Worte bei Anmeldung des Rechtsmittels, Legalisirung durch Rechts-Anwälte, resp. durch eine begrenzte Anzahl derselben, die Angabe specialisirter Beschwerdepunkte und dergl. mehr. Ein formloses Rechtsmittel ist im Gegensatze zu einem formalistischen ein solches, für dessen Einlegung das denkbar geringste Maaß von Formalitäten erfordert wird. Wenn dieser Sprachgebrauch der richtige ist — und mir ist ein anderer unbekannt — so gestehe ich offen, daß ich den Satz:

> „der formalistische Charakter des Rechtsmittels liege in der materiellen Seite desselben"

so lange für einen sich widersprechenden Satz halten werde, bis mir das Gegentheil erwiesen wird. Den formalistischen Charakter der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde finde ich meinerseits in dem großen Maaße von Formalitäten, die das Gesetz für seine Einlegung

Digitized by Google

vorschreibt, also in demjenigen Gebiete, welches Herr Dr. Bähr mit seiner zweiten Hauptfrage umfaßt, nicht auf dem Gebiete der ersten Frage, betreffend den materiellen Umfang des Beschwerderechts.

Die Trennung der Rechtsfrage von der Thatfrage wird ferner unnatürlich bezeichnet. Was ist unter diesem Satze zu verstehen? Daß man bei der practischen Rechtssprechung begrifflich das Thatsächliche von dem Rechtlichen scheide, ist gewiß nicht unnatürlich, im Gegentheil, jede richterliche Thätigkeit erfordert ein solches Unterscheiden, denn sie besteht ja in einer doppelten Function, in der Erkenntniß der streitigen Thatsachen und in der Subsumtion derselben unter das passende Gesetz resp. unter den zugehörigen Rechtsbegriff. Einem Richter, der diese Functionen nicht zu scheiden vermag, wird man nicht ohne Grund den Vorwurf der Verworrenheit machen können. So ist also der Satz offenbar nicht gemeint, sondern die Beschränkung der richterlichen Thätigkeit auf die eine Function, nämlich die Entscheidung der Rechtsfrage, wird als unnatürlich befunden. Für die erste Instanz würde damit über die Einführung einer Civiljury von vornherein der Stab gebrochen. Aber um die erste Instanz handelt es sich nicht, sondern um die Stellung des zweiten Richters zu dem Urtel erster Instanz. Wenn man dem zweiten Richter die Beurtheilung der Thatfrage entzieht, so macht man damit den thatsächlichen Befund des ersten Richters gewissermaßen zu dem Wahrspruche eines Schöffengerichts. Hierin kann aber die Unnatur nicht liegen, wenigstens nicht nach germanischer Rechtsanschauung, zu deren Natur es gerade gehört, eine Vorliebe für Schöffengerichte zu haben. Worin also ist die Unnatur zu suchen? Herr Dr. Bähr findet sie in der großen Schwierigkeit, aus der Entscheidung des concreten Falles die rechtsgrundsätzliche Beurtheilung gleichsam herauszuschälen, und diese zum selbstständigen Gegenstande einer Prüfung zu machen, welcher rein theoretischen Aufgabe nur wenige Practiker gewachsen seien. Man sollte nun aber meinen, daß die Scheidung der rechtlichen Gesichtspunkte von den thatsächlichen einem höheren, also geübteren Richter nicht eigentlich schwer fallen dürfte, da ja die Unterscheidung dieser Momente von dem ersten Referate an einer der hauptsächlichsten Gegenstände seiner Geistesübung gewesen, und auf diese Weise zu seiner zweiten Natur geworden sein

Digitized by Google

muß. Hierauf wird nun aber unter Bezugnahme auf die Praxis des Ober-Tribunals und des Ober-Appellations-Gerichts bei Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde entgegnet, „nicht bloß die Kritik der eigentlichen thatsächlichen Feststellung, der Beweisfrage, werde dem höheren Richter entzogen, sondern ein viel weiteres Gebiet der Beurtheilung, insbesondere die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsbegriffe, soweit dieselbe eben nicht auf bestimmte, dabei einzuhaltende Rechtsnormen sich zurückführen lasse. Die Rüge einer unrichtigen Anwendung des Gesetzes sei nur cum grano salis zu verstehen, und begründe nur dann eine Aufhebung des Urtels, wenn diese Anwendung auf einer principiell mißverständlichen Auffassung des Rechtsgrundsatzes selbst zurückschließen lasse. So würde in der Regel die Frage, ob ein Besitz, eine Verjährung, ein Herkommen, ein Verschulden, eine Schadenszufügung, ein Rechtsinteresse nach den vorliegenden thatsächlichen Vorgängen begründet oder nicht begründet sei, desgleichen auch vielfach die Frage über die richtige Vertheilung der Beweislast, dem Nichtigkeitsrichter entzogen bleiben, und das, was man bei der Nichtigkeitsbeschwerde thatsächliche Feststellung nennt, werde richtiger als concrete Beurtheilung bezeichnet, denn überall sei es das concrete, nicht von einer abstracten Rechtsregel beherrschte, was sich vom Standpunkte der Nichtigkeitsbeschwerde dem Beschwerderichter entziehe."

Ich will nicht bestreiten, daß Herr Dr. Bähr die Praxis des Ober-Tribunals bei Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde in der angedeuteten Weise richtig charakterisirt, ich will auch zugeben, daß eine solche Praxis der richterlichen Beurtheilung äußerst enge Grenzen steckt, und dieselbe, wie mir scheint, nicht selten auf einen einzigen, nur dem Eingeweihten erkennbaren, theoretischen Punkt zusammenzieht, daß sie für den Advokaten, zumal einen der unteren Instanzen eine Art von Mysterium, für die Partei selbst aber ein Buch mit sieben Siegeln bleiben muß; ich verkenne daher keineswegs die „Unnatur" dieses Resultates der Nichtigkeitsbeschwerde, — wobei ich mich nur darüber wundern muß, daß Herr Dr. Bähr die Verewigung dieses unnatürlichen Rechtsmittels für die dritte Instanz empfiehlt — ich kann aber nimmermehr einräumen, daß die beschriebene Praxis eine nothwendige Folge der Trennung der Rechtsfrage von der Thatfrage sei. Eine

Digitized by Google

logische Folge gewiß nicht! Die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsbegriffe gehört doch an und für sich offenbar dem Gebiete der rechtlichen Beurtheilung an, gerade sie ist die Aufgabe des Richters als eines Juristen, nicht als eines Schöffen. Trennt man nun von diesem Gebiet, wie die Praxis des Ober-Tribunals thut, noch ein Stück ab, um es der richterlichen Beurtheilung zu entziehen, so ist dies eine zweite Trennung der Rechtsfrage in sich selbst durch eine innere Grenzlinie, welche sich mit der äußeren Grenzlinie nach dem Gebiete der Thatfragen zu nicht berührt. Die Abscheidung dieses letzteren Gebietes von dem der rechtlichen Beurtheilung überhaupt kann diese weitere Trennung logisch nicht begründen und daher auch practisch nicht verursachen. Auf welche Weise die dargestellte Handhabung der Nichtigkeitsbeschwerde entstanden ist, ob sie ihren Ausgang von dem formalistischen Charakter dieses Rechtsmittels, von einer traditionellen mißverständlichen Auffassung des Gesetzes, von der Stellung des obersten Gerichtshofes oder von welchen andern Umständen aus genommen hat, will ich hier nicht untersuchen, ebensowenig will ich mich mit einer Kritik dieser Praxis befassen, wenngleich ich gestehe, daß mir die von dem Herrn Dr. Bähr angeführten Grundsätze derselben an einer auffallenden Unklarheit zu leiden scheinen; für meine gegenwärtige Untersuchung ist nur das von Wichtigkeit, daß die bloße Trennung der Rechtsfrage von der Thatfrage weder an sich unnatürlich ist, noch nothwendig zu einer unnatürlichen Praxis führt. Als Erfahrungsbeweis für diejenigen, welche eine Vorliebe für die Induction haben, kann ich hier nur wieder die Praxis der Preußischen Appellations-Gerichte in Recurssachen anführen. Da ist nichts von einem bloßen Theoretisiren, von einer Unterscheidung zwischen der thatsächlichen Feststellung und der concreten Beurtheilung, zwischen einer bloßen falschen Anwendung des Gesetzes und einer principiell mißverständlichen Auffassung des Rechtsgrundsatzes und was dergleichen mystische Distinctionen mehr sind zu bemerken.

Die „Revision“ im Sinne des Entwurfes hat nun freilich die Trennung der Rechtsfrage von der Thatfrage mit der Nichtigkeitsbeschwerde und dem Cassationsrecurse gemein, — was sie aber mit ihnen resp. mit der beliebten Auffassung dieser Rechtsmittel nicht gemein hat, das ist die Trennung der Rechtsfrage in zwei Gebiete „con-



Digitized by Google

creter und abstracter" Beurtheilung und die Ausschließung der ersteren von dem Arbitrium des höheren Richters. Die Motive (S. 374) sagen ausdrücklich:

> „Mit der Aufhebung dieser Voraussetzung für die Wirksamkeit der Revision ist nichts weiter als die **rein** thatsächliche Würdigung des Vorbringens der Partheien und der erbrachten Beweise von der Thätigkeit des Revisionsrichters ausgeschlossen."

Wenn Herr Dr. Bähr dagegen bemerkt, daß die Annahme, der Entwurf beabsichtige nur die eigentliche Beweisfrage von der Beurtheilung „des Revisionsrichters" auszuschließen, mit der gewählten Ausdrucksweise, welche sich ganz und gar der der Preußischen Gesetzgebung anschließe, völlig unvereinbar sei, so würde hierin, da die Motive keinen Zweifel über jene Absicht lassen, allerdings ein schwerer Vorwurf gegen die Redaction des Textes liegen. Die Angriffe hätten dann aber nicht gegen die Intention des Entwurfes, sondern gegen die verfehlte Ausdrucksweise desselben gerichtet, und Vorschläge zur Beseitigung der Redactionsfehler gemacht werden müssen. Es handelt sich ja nicht um die Interpretation eines Gesetzes, bei welcher man sich auf den Buchstaben steifen könnte, sondern um die Beurtheilung eines Gesetzesentwurfes, zu dessen Verständnisse besondere Motive beigegeben sind. Da ist nicht der Text, sondern die Begründung desselben für die Intention des Verfassers entscheidend, und wo der Text den Gedanken der Motive nicht correct wieder giebt, da kann nur ein lapsus in der Redaction des ersteren untergelaufen sein. Daß übrigens der Vorwurf ein ungerechter ist, glaube ich schon oben nachgewiesen zu haben. Die enge Anschließung der Ausdrucksweise an die der Preußischen Gesetzgebung bezüglich der Nichtigkeitsbeschwerde beruht, wie schon erwähnt ist, lediglich auf der Einbildung eines Parallelismus zwischen den §§. 461 und 462 des Entwurfes und Nr. 1 und 2 des §. 4 der Verordnung vom 14. December 1833, welche bei einer aufmerksameren Vergleichung leicht vermeidlich gewesen wäre.

Man kann hiernach auch der Behauptung nicht beistimmen, daß es gestattet sei, die Erfahrungen, welche man auf dem Gebiete der Preußischen Nichtigkeitsbeschwerde von Seiten ihres materiellen Cha-

Digitized by Google

rakters gemacht hat, in vollem Maaße für das Rechtsmittel des Entwurfes zu verwerthen.

Die Uebelstände, welche sich bei Behandlung der Rechtsstreitigkeiten auf dem Felde der Nichtigkeitsbeschwerde gezeigt haben, und von Herrn Dr. Bähr sehr treffend geschildert werden, sind die Folgen zweier Fehler (der Gesetzgebung oder der Praxis) nämlich:

1. der schon besprochenen Verengerung der Rechtsfrage selbst, nach einem in sich unklaren oder mindestens unpractischen Princip,
2. der strengen Beschränkung des richterlichen Arbitriums auf die bestimmten Angriffe der Parthei.

Dank dieser Mängel wird das Rechtsmittel nicht nur zu einem Tantalus-Apfel für die Parthei, wie es in der besprochenen Abhandlung heißt, sondern zu einem wahren Procrustes-Bette für die Rechtsprechung. Herr Dr. Bähr führt selbst den Beweis für meine Behauptung durch die interessante Perspective, welche er uns in das Berathungszimmer des höchsten Gerichtshofes eröffnet. Er sagt (S. 26):

> „Es ist daher natürlich, daß über diese Frage*) immer und immer wieder Zweifel entstehen, zumal wenn ein Erkenntniß angefochten ist, das bei freier Beurtheilung keinen Stand halten würde. Dann stellt sich die Sache vielfach so. Ein Theil der Gerichtsmitglieder möchte gern helfen, und glaubt es verantworten zu können, hier eine Nichtigkeit gegeben zu finden. Ein anderer Theil glaubt doch in der Form strenger sein zu müssen. Gelangt man so zu keiner Einigung, so werden noch andere Gesichtspunkte gesucht, um doch wo mög. lich der Sache beizukommen. Dagegen aber wird wieder eingewendet: „diese Gesichtspunkte sind von der Parthei gar nicht geltend gemacht." Könnte man die Sache selbst entscheiden, so wäre man vielleicht in wenigen Minuten fertig. So aber wird unendlich hin und her gestritten über nichts anderes, als eine leidige Formfrage; ein nutzloses und unerquickliches Streiten."

*) Nämlich, was verletzte Rechtsnorm und was concrete Anwendung sei.



Digitized by Google

Diese Schilderung beweist doch ganz evident, worin die Schwierigkeiten liegen, nicht in der bloßen Trennung der reinen Thatfrage von der Rechtsfrage, sondern in der selbstgeschaffenen Beschränkung auf ein theoretisches Gebiet, dessen Grenzen bei der practischen Rechtsfindung vielfach gar nicht zu ermitteln sind, und in der gebundenen Stellung des höheren Richters gegenüber der angegriffenen Entscheidung.

Wenn man freilich auch der „Revision" diese Fehler und noch einige weitere andichtet, wenn man von dem schon oben gerügten offenbaren Mißverständnisse des §. 462 des Entwurfes ausgehend, die Behauptung aufstellt, daß ein Widerspruch der Entscheidung mit den gestellten Anträgen, dem klaren Inhalte der vorgelegten Urkunden, dem festgestellten oder berichtigten Thatbestande durch die Revision nicht geheilt werden könne, weil dann weder eine Rechtsnorm verletzt noch die speciellen processualischen Verstöße des §. 462 vorhanden seien, während doch jene Fälle meistentheils die Verletzung einer materiellen oder processualischen Rechtsnorm im Sinne des Entwurfes, betreffend die vorgeschriebene Wirksamkeit der Anträge, die positiven Regeln über die Beweiskraft der Urkunden*), des Thatbestandes, den rechtlichen Zusammenhang zwischen Thatbestand und Entscheidung enthalten, wenn man, sage ich, in solcher Weise das Rechtsmittel schwarz übermalt und seine wahren Züge entstellt, so ist es leicht auszurufen: Tod der Justiz! Bei richtiger und unbefangener Auffassung des Rechtsmittels dagegen sehe ich keinerlei Gefahr für die Justiz, besorge ich weder eine Verkümmerung der Rechtsprechung in zweiter Instanz noch die Consumtion aller Fragen concreter Beurtheilung durch den Unterrichter. Entzogen ist dem Revisionsrichter nur das, was den Gegenstand freier Beweiswürdigung in erster Instanz ausmacht, denn alle anderen Feststellungen, (und es sind ja ganze Gebiete derselben, gerichtliches Geständniß, Eideszuschiebung, Urkundenbeweis ganz oder zum Theil von der freien

*) Die Auslegung von Urkunden gehört freilich meistens zur thatsächlichen Würdigung und wird nur dann angefochten werden können, wenn dabei eine die Kraft einer praesumtio juris habende Auslegungsregel verletzt ist. Wenn dagegen bei Feststellung des Thatbestandes der Inhalt einer vorgelegten beweisenden Urkunde ganz unberücksichtigt bleibt, oder einer Urkunde im Widerspruche mit dem Gesetze die Beweiskraft abgesprochen wird, so unterliegt dieser Verstoß der Rüge durch die Revision.

Digitized by Google

Beweiswürdigung ausgeschlossen)*) stehen mehr oder minder unter der Herrschaft materieller oder processualischer Rechtsnormen, deren Auffindung einem einigermaßen geübten juristischen Blicke nicht schwer fallen kann. Ebensowenig befürchte ich mit dem Herrn Dr. Bähr einen schädlichen Einfluß des Rechtsmittels auf die Gestaltung der Oberrevision. Die Beschwerde, „daß das Gericht zweiter Instanz seine Zuständigkeit mit Unrecht angenommen (§. 462 Nr. 4), indem es bei seiner Beurtheilung die Grenzen des §. 461 überschritten habe," wird nicht so häufig den Gegenstand der Oberrevision ausmachen, wie Herr Dr. Bähr voraussetzt, weil eben die Grenzen des §. 461 viel weiter sind, als er sich dieselben denkt, ihre Ueberschreitung mithin nicht so oft vorkommen kann, wie er befürchtet. Dabei läuft übrigens das Mißverständniß unter, daß eine solche Beschwerde gerade auf §. 462 Nr. 4 gestützt werden könne. Diese Bestimmung hat nur eine Verletzung der Vorschriften des ersten, zweiten und dritten Titels im Auge, resp. des im §. 1 in Aussicht gestellten Gesetzes über die Gerichtsverfassung. Eine die vorgeschriebenen Grenzen der materiellen Beurtheilung überschreitende Entscheidung Seitens des für die Sache an sich zuständigen Gerichtes involvirt keine Verletzung der Vorschriften über die Zuständigkeit. — Freilich würde es sich empfehlen, wenn nicht Gründe der Organisation entgegenständen, im Interesse der Rechtseinheit und besonders als Remedur gegen eine zu enge Auffassung des Rechtsmittels zweiter Instanz die Oberrevision auch auf conforme Entscheidungen auszudehnen. Dagegen sehe ich nicht ein, warum eine freiere Behandlung des Rechtsmittels dritter Instanz als solche für die Preußische Nichtigkeitsbeschwerde in Uebung ist, für die höchste Instanz unbrauchbar sein soll. Einen Belag für diese Behauptung habe ich vergebens gesucht, und ich würde es im Gegentheil für ein großes Glück halten, wenn die Intention des Entwurfes, dem höchsten Gerichtshofe gegenüber der angefochtenen Entscheidung eine nicht minder freie Stellung zu verleihen, wie dem zweiten Richter, zur Verwirklichung gelangte. Die Rechtsprechung des Ober-Tribunals würde dadurch nur in dankenswerther Weise von einem drückenden Alp befreit werden. Doch dieses Thema liegt außerhalb des Bereiches der gegen-

*) S. Motive S. 315, 338, 352 unten.

Digitized by Google

wärtigen Schrift. Ich lasse es deshalb fallen, und wende mich zu dem zweiten Theile der Bähr'schen Abhandlung, welcher sich mit der Beurtheilung der eigentlich bestimmenden Gründe des Entwurfes für die Einführung einer revisio in jure an Stelle der Berufung beschäftigt.

Die Gründe des Entwurfes für die vorgeschlagene Neuerung sind zweierlei Art: innere, rein sachliche Motive, äußere, geschichtlich-politische wie finanzielle Rücksichten. Ich will zunächst die ersteren kurz zusammenfassen. Es erscheint den Verfassern des Entwurfes legislativ nicht gerechtfertigt, für ein auf dem Mündlichkeitsprincip beruhendes Verfahren die thatsächliche Seite des Rechtsstreits einer wiederholten Würdigung durch den höheren Richter zu unterwerfen, d. h. die Berufung als ein neues judicium zu gestatten. Diese Annahmen seien gleichmäßig für das Strafverfahren, wie für den Civilproceß gültig, weil hier wie dort bei freier Beweiswürdigung dem unteren Richter eine lauterere Quelle der Erkenntniß als dem höheren Richter fließe, und die Wiederholung der Beweisaufnahme in zweiter Instanz unausführbar sei. Die Abschaffung der Berufung für den Civilproceß bringe sogar den Vortheil mit sich, daß man den Richter erster Instanz von der Last der Protocollirung der Zeugenaussagen befreien, und damit die Vernehmung der Auskunftspersonen vor dem erkennenden Richter zu einer praktischen Vorschrift machen könne. Die freie Gestaltung des Verfahrens in erster Instanz entbinde von der Nothwendigkeit, der Parthei zur Nachholung des Versäumten in einem neuen judicium Gelegenheit zu geben, wie denn auch die Parthei, zumal durch technisch gebildete Juristen vertreten, keinen Anspruch darauf habe, über die richtige Behandlung des Rechtsstreites durch das Urtel erster Instanz belehrt zu werden. Eine sorgfältige Besetzung der Landgerichte, besonders wenn sie mit fünf Richtern urtheilen, biete eine genügende Garantie für die richtige Beurtheilung der Thatfragen, umsomehr, als sie den streitigen Verhältnissen näher stehen, wie der höhere Richter. Bei Handelsgerichten sei diese Annahme noch unbedenklicher, ja es widerspreche dem legislativen Gedanken derselben, wenn man die thatsächliche Würdigung der Handelsrichter der Kritik nicht-fachkundiger Richter unterwerfe. Das Verfahren vor den mit Einzelrichtern zu besetzenden Amtsgerichten biete allerdings nicht dieselbe

Digitized by Google

Garantie für einen sachgemäßen Spruch, darum habe man gegen die Endurtheile derselben die Berufung zuzulassen, nicht aber gegen die Endurtheile der Collegialgerichte.

Betrachten wir nun die Polemik des Herrn Dr. Bähr gegen diese (inneren) Motive. In erster Linie wird gegen die Bezeichnung: „neues judicium" für die Berufung protestirt und behauptet, sie habe diesen Charakter nur in dem Falle, wo das beneficium novorum bestehe, resp. von demselben in der Praxis ein ausgedehnter Gebrauch gemacht werde. In allen anderen Fällen führe sie nur zu einer Prüfung des erstinstanzlichen Urtels in rechtlicher und thatsächlicher Beziehung. Wenn man also ein neues judicium für die zweite Instanz ablehne, so folge daraus nur die Ausschließung des beneficium novorum, nicht aber die Nothwendigkeit, zu einer revisio in jure überzugehen.

So blendend diese Ausführung ist, so schießt sie doch meines Erachtens an dem allein wesentlichen Gesichtspunkte vorbei. In einem schriftlichen Processe wird bei der Berufung der gesammte Inhalt desjenigen Beweismaterials, welches den erkennenden Richter zu dem angefochtenen Urtel geleitet hat, in unveränderter Gestalt vor dem zweiten Richter — durch das Referat resp. durch Lesung der Acten — vollständig reproducirt. Mit Rücksicht hierauf ist man wohl berechtigt, die Berufung ein neues judicium zu nennen, auch wenn keine nova vorgebracht worden, weil die ganze Beweisaufnahme sich von Neuem vor den Augen eines zweiten Richters entwickelt. Diese unveränderte und vollständige Reproduction ist nach einem mündlichen Verfahren in erster Instanz selbstredend unausführbar. Die Vorträge der Partheien, die mündlichen Aussagen der Zeugen und Sachverständigen, ihre Mienen und Blicke, ihre Reden und Widerreden können nicht vor den zweiten Richter gestellt werden und noch viel weniger der Gesammteindruck einer mündlichen Verhandlung. Wollte man dessenungeachtet eine erneute thatsächliche Würdigung Seitens des höheren Richters mit der Berufung zulassen, so würde dieses Rechtsmittel derjenigen Garantie entbehren, um derentwillen man es in der Praxis des schriftlichen Processes adoptirt hat, nämlich der Möglichkeit einer vollständigen Reproduction des dem erkennenden Richter erster Instanz unterbreitet gewesenen Materials, d. h. der

Digitized by Google

Garantien eines novum judicium. Darum erscheint es legislativ geboten, wo man ein neues judicium nicht gewähren kann, auch eine erneute thatsächliche Würdigung in zweiter Instanz auszuschließen. Der Schritt von der Ablehnung oder vielmehr von der Einsicht der Unmöglichkeit eines neuen judicium in dem bezeichneten Sinne führt deshalb nothwendig zu der Zulassung einer bloßen revisio in jure. Dies ist der consequente und meiner Meinung nach unwiderlegbare Gedanke des Entwurfes, an welchem Herr Dr. Bähr dadurch vorübergeleitet wird, daß er den Ausdruck: „neues judicium" in einem anderen Sinne nimmt, als die Motive es thun. So lange die Kunst nicht erfunden wird, das flüchtige Material einer mündlichen Verhandlung vollkommen treu und mit allen Einzelheiten auf die Dauer zu fixiren, so lange wird ein zweiter Richter außer Stande sein, an dem aus jenem Material entsprungenen, rein thatsächlichen Befunde eine gerechte Kritik zu üben.

Ob das beneficium novorum sich für die zweite Instanz empfehle, ist nach Herrn Dr. Bähr lediglich eine Frage der stärkeren oder minderen Anspannung der Eventualmaxime. Hierin kann ich ihm nur zum Theil beipflichten. Wenn die Beweisaufnahme sich in erster Instanz auf einen bestimmten Punkt erstreckt und beispielsweise dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit des Beweisthemas beigebracht hat, so erscheint es nach einem mündlichen Verfahren — ganz abgesehen von der Rücksicht auf die Eventualmaxime, d. h. doch auf die Gefahr einer Verschleppung des Processes — in der Sache selbst bedenklich, dem zweiten Richter eine Aenderung des Thatbestandes auf Grund neuer Umstände und Beweismittel zu gestatten, denn die eigentliche Bedeutung dieser nova kann doch nur im Zusammenhang mit den übrigen mündlich aufgenommenen Beweisen gewürdigt werden, während der zweite Richter nicht im Stande ist, das Ergebniß der letzteren nach ihrem wahren Werthe zu prüfen. Könnte man von diesem Bedenken absehen, oder wäre es legislativ ausführbar, die Zulassung von nova auf gewisse Fälle zu beschränken, so würde ich mich im Interesse der materiellen Gerechtigkeit für das beneficium novorum in zweiter Instanz analog dem Preußischen Strafprocesse aussprechen. Beide Voraussetzungen treffen aber nicht zu. Das angeregte Bedenken ist

Digitized by Google

practisch von so großem Gewichte, daß der Preußische Strafrichter zweiter Instanz in den angeführten Fällen sich fast regelmäßig genöthigt sieht, die beigebrachten nova als „unerheblich“ zurückzuweisen und das beneficium novorum damit illusorisch zu machen. Wozu also eine Wohlthat gewähren, die in der Praxis nur zu täuschenden Hoffnungen führt? Die Zulassung der Wohlthat aber nur an einzelne Fälle zu knüpfen, ist meines Erachtens nicht thunlich, wenn der Gesetzgeber nicht in den Strudel einer verderblichen Casuistik gerathen soll. Insoweit es sich bei dem beneficium novorum bloß um eine größere oder geringere Anspannung der Eventualmaxime handelt, ist allerdings für die Frage nach ihrer Zulassung das Maaß der Wirksamkeit dieser Maxime in erster Instanz von Bedeutung, denn je strenger hier die Präclusion der Partei mit neuen Thatsachen und Beweismitteln ausgeführt wird, desto mehr empfiehlt sich eine Remedur für die zweite Instanz mittelst des beneficium novorum. In dem von dem Entwurfe adoptirten Verfahren ist nun die Wirksamkeit der Eventualmaxime auf das denkbar geringste Maaß zurückgeführt, wenn nicht überhaupt ganz beseitigt. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint deshalb die Ausschließung des beneficium novorum practisch ganz unbedenklich, ja im Gegentheil als nothwendiges Correlat und Correctiv gegen die Aufhebung der Eventualmaxime in erster Instanz. *)

Die Einwürfe des Herrn Dr. Bähr gegen die Vorenthaltung des beneficium beruhen auf zwei Punkten, nämlich:

1. auf der Behauptung, daß der Proceß nach dem Entwurfe jeder Garantie für die richtige Feststellung dessen entbehre, was die Partheien in erster Instanz vorgebracht haben;
2. darauf, daß die Parthei in Auffindung der des Beweises bedürftigen Thatsachen jeder Unterstützung des Richters ermangele, und deßhalb vielfach erst durch das Urtheil erfahren

*) Der Verfasser dieser Schrift würde deshalb schon bei Besprechung des Norddeutschen Entwurfes für die vollständige Beseitigung der Appellation gegen die Endurtheile der Collegialgerichte aufgetreten sein, wenn die Eventualmaxime in demselben nicht eine ziemlich strenge Durchführung erfahren hätte.

Digitized by Google

würde, auf welche Thatsachen der Richter Gewicht gelegt habe.

Von diesen Einwürfen scheint mir zunächst der letztere ganz unwesentlich zu sein, denn einmal hat, wie die Motive hervorheben, die Parthei in der That kein Recht auf eine derartige Unterstützung, zumal wenn sie mit Anwälten bedient ist, und andererseits läßt sich dem gerügten Uebelstande, wenn er als solcher gelten darf, sehr leicht durch eine Vorschrift abhelfen, wie sie von Herrn Dr. Bähr selbst in Anregung gebracht wird, und der ich aus practischen Gründen meinen Beifall zolle — daß nämlich die Beweisfälligkeit der Parthei erst angenommen werden darf, wenn eine Aufforderung des Richters zur Benennung der Beweismittel für eine bestimmte Thatsache vergeblich gewesen ist. Jedenfalls verdient doch die Annahme eines solchen Amendements den Vorzug vor Zulassung der vollen zweiten Instanz gegen die Versäumniß eines Beweisantritts in Folge Verkennung des rechtlichen Gesichtspunktes. Uebrigens wird das nobile officium judicis auch ohne eine dahin gehende ausdrückliche Vorschrift in der Regel Abhülfe schaffen. Damit schwindet auch die Besorgniß vor einer Ueberfluthung der ersten Instanz mit Beweisantretungs-Material, welche ich übrigens aus eigener Erfahrung für gar kein fühlbares Uebel halte.

Der erste Einwurf hingegen würde, wenn er begründet wäre, das ganze Verfahren in erster Instanz mit einem so vernichtenden Schlage treffen, daß die Zulassung der Berufung mit dem beneficium novorum gar kein genügendes Auskunftsmittel wäre. Es geht dem Herrn Dr. Bähr hier nach der Regel: „wer zu viel beweisen will, beweis't nichts." Der Schwerpunkt der Rechtspflege, man mag die Justiz organisiren, wie man will, liegt vom Partei-Standpunkt aus betrachtet, immer und überall in der ersten Instanz. In ihrer Entscheidung liegt ein Präjudiz, zu dessen Beseitigung die besiegte Parthei die Initiative ergreifen, und neue Mühen, Sorgen und Kosten aufwenden muß, auf die Gefahr hin, auch in zweiter Instanz zu unterliegen. Nicht die Mehrzahl der Partheien geht dieses Risico ein, und es sind auch nicht die unwürdigsten Clienten, welche das ihnen durch ein ungerechtes Urtel zugefügte Uebel für kleiner erachten, als die Last eines neuen Judicium. Ich spreche hier die Er-

Digitized by Google

fahrungen einer mehrjährigen Advokatenpraxis aus, und glaube, daß meine Collegen dieselben durchweg bestätigen werden. Die Entscheidung erster Instanz ist ferner dann von besonders hervorragender Wichtigkeit, wenn das Rechtsmittel dritter Instanz von der Difformität der vorigen Urtel abhängt, denn in diesem Falle ist der Sieger erster Instanz auch bei einem ungünstigen Ausfalle der Sache in der folgenden des Rechtsmittels dritter Instanz sicher, während es dem Gegner abgeschnitten ist. Aus diesen Gründen haben denn auch Gesetzgebung und Wissenschaft einmüthig von jeher das größte Gewicht auf die Herstellung eines naturgemäßen, gründlichen und peremptorischen Verfahrens in erster Instanz und auf die sorgfältige Besetzung der Untergerichte gelegt. Wenn also ein solches Verfahren in erster Instanz vorgeschlagen wird, welches „jeder Garantie für die richtige Feststellung desselben entbehrt, was die Partheien in erster Instanz vorgebracht haben", d. h. mit anderen Worten, welches in seinem Fundamente — dies ist doch die Feststellung des Sach- und Streitstandes — nichts taugt, dann verlohnt es sich wahrlich nicht, über die Frage, ob Berufung oder Revision, noch länger zu discutiren, diese Frage ist gegenüber der Bedeutung der ersten Instanz von untergeordnetem Werthe; dann liegt vielmehr die Aufforderung nahe, das vorgeschlagene Proceßverfahren erster Instanz, das ja noch nicht Gesetz ist, einer radicalen Umgestaltung zu unterwerfen. Der Haupteinwurf des Herrn Dr. Bähr gegen die Ausschließung des beneficium novorum schießt hiernach weit über das Ziel und über die Grenzen seines eigenen Beweisthemas hinaus. Ich könnte mich deshalb füglich eines sachlichen Eingehens auf denselben enthalten. Da ich aber auch nicht den Schein erwecken möchte, als wollte ich den Angriffen auf das Rechtsmittel des Entwurfes in irgend einem Punkte ausweichen, so mögen folgende Bemerkungen gestattet sein, welche freilich die Sache nicht erschöpfen.

Herr Dr. Bähr erblickt eine „schwere Gefahr der Partheien, ohne jegliches eigenes Verschulden mit ihrem wahren Vorbringen enthört zu werden" in den Vorschriften über den in das förmliche Urtel aufzunehmenden sogenannten „Thatbestand". Hiergegen ist von vornherein zu erinnern, daß die wirkliche Berathung und Entscheidung des Collegiums der Abfassung resp. Formulirung dieses „Thatbestandes"

Digitized by Google

vorhergeht, daß folglich die über den letzteren gegebenen Vorschriften die für die Entscheidung selbst vorhandenen Garantieen unmöglich alteriren können. Das Gericht hat seine Ueberzeugung von den Thatsachen unmittelbar aus dem Quell der mündlichen Verhandlung, nicht aus einem Auszuge derselben oder sonst aus einem indirecten Medium zu schöpfen, und die Redaction des „Thatbestandes" für das förmliche Urtel folgt jener richterlichen Function erst auf dem Fuße. Der „Thatbestand" constatirt dasjenige, was das Collegium bei der Berathung und Entscheidung des Falles als streitig resp. als thatsächlich feststehend angenommen hat. Durch eine unrichtige Redaction des Thatbestandes kann an dem Resultate des Urtels nichts mehr geändert werden, und es erscheint deshalb unlogisch, aus den Vorschriften über die Abfassung des „Thatbestandes" auf eine Gefahr für die Partheien in Bezug auf die Entscheidung selbst zurückzuschließen. Wenn man freilich die mündliche Verhandlung überhaupt für ungeeignet erklärt, als objective Grundlage für die Feststellung des Thatsächlichen zu dienen, dann ist man auf einem Punkte angekommen, wo der Streit aufhört, denn die verschiedenen Meinungen über den Werth oder Unwerth der Mündlichkeit im Civilprocesse haben, wie es scheint, im Laufe der endlosen Erörterungen darüber, den Charakter von Glaubenssätzen angenommen.

Wenn ferner behauptet wird, daß in der Praxis die Abfassung des Thatbestandes das nachträgliche Elaborat eines Referenten und zwar ohne jede objective Controlle sein werde, weil das Sitzungs-Protocoll in der Regel nur den Gang der Verhandlung im Allgemeinen angebe, und der Referent Abweichungen des Thatbestandes von den Schriftsätzen damit rechtfertigen könne, daß er bei der mündlichen Verhandlung anders gehört habe, so ist doch vorerst abzuwarten, ob sich in der That ein solches mißbräuchliche Verfahren in der Praxis ausbilden werde. Mißbräuche können sich im besten Verfahren einschleichen, dagegen schützt kein Gesetz. Es kommt eben auf die Personen an, denen die Handhabung des Gesetzes anvertraut wird. Dieses letztere kann man für dergleichen Mißbräuche nur dann verantwortlich machen, wenn es eine bestimmte Veranlassung dazu giebt. Eine solche kann ich aber in dem Entwurfe nicht finden, und hat auch Herr Dr. Bähr nicht aufzuweisen vermocht. Meiner Meinung nach geht die Intention des Entwurfes dahin, daß der „Thatbestand" innerhalb der

Digitized by Google

collegialischen Berathung festgestellt werde, wenn auch nur ein Mitglied des Gerichtshofes dabei die Feder in die Hand nimmt. Den Vorsitzenden wird eine solche Praxis zur Pflicht zu machen sein, und ich bezweifle nicht, daß dieselbe bei gutem Willen recht wohl ausführbar ist.

Herr Dr. Bähr wendet sich nunmehr gegen die von den Motiven geltend gemachte Analogie des Strafverfahrens für die Beseitigung der Berufung. Er nimmt an, daß die unmittelbare Vernehmung von Zeugen vor dem erkennenden Civilrichter in der Regel nicht erfolgen werde, weil hier das vorbereitende Hülfsmittel einer Voruntersuchung fehle, und weil die Vernehmung vor dem Collegium ein mühseliges und zeitraubendes Geschäft sei. Nun findet aber eine erschöpfende Voruntersuchung auch im Strafprocesse nur in den seltensten Fällen statt, in den meisten Sachen wird die Anklage auf ein mehr oder minder unvollständiges Skrutinialverfahren oder auf einen bloßen Polizeibericht gestützt, und bei dem Verfahren wegen Uebertretungen erfährt der Preußische Richter von einem Vorverfahren in der Regel absolut nichts, hat vielmehr allein auf Grund der Anklage zu verhandeln. Dennoch macht sich die Abhörung der Zeugen vor dem erkennenden Strafrichter in allen diesen Fällen gleich leicht und ausführbar. In der That ist auch die Voruntersuchung für dieses Geschäft weder bestimmt noch geeignet, sie bildet das vorbereitende Material für die Anklage, und sollte bei der mündlichen Verhandlung im Interesse der Reinheit derselben sowenig als möglich berücksichtigt werden. Es führt allerdings oft zur Abkürzung derselben, wenn der Vorsitzende des Gerichts dem mündlich zu vernehmenden Zeugen oder Sachverständigen den Inhalt seiner protocollarischen Aussage in der Voruntersuchung vorhält und ihn dieselbe einfach bestätigen läßt. Diese Art mechanischer Zeugenvernehmung, welche im Strafprocesse glücklicherweise nur bei vereinzelten Richtern in Uebung ist, steht mit dem Principe und der Intention einer mündlichen Verhandlung im Widerspruche, und ist durchaus nicht zu billigen. Bei den Advokaten erfreut sie sich des übelsten Rufes und man kann sich nur dazu Glück wünschen, wenn sie im Civilprocesse von selbst ausgeschlossen ist. Die Vernehmung der Auskunftspersonen vor dem Collegium ist ferner nicht mühseliger als vor dem Commissarius, sie ist allerdings zeitraubender insofern, als sie im

Digitized by Google

ersteren Falle die Zeit mehrerer Personen in Anspruch nimmt. Nun erfordert aber der Bericht des Commissarius über das Resultat der Zeugenaussagen vor dem Collegium auch eine gewisse Zeit, und die Differenz des Zeitverlustes ist daher nicht so erheblich, als es zuerst den Anschein hat; ja wenn die Protocollirung der Zeugenaussagen unterbleiben kann, so wird die Differenz fast ausgeglichen sein. Wäre aber auch der Zeitunterschied ein größerer, so fällt doch dieser Gesichtspunkt gegen den Vortheil, welchen die unmittelbare Vernehmung der Zeugen vor dem erkennenden Richter für die materielle Gerechtigkeit mit sich führt, gar nicht ins Gewicht, und es wird daher in der Praxis auf die strengste Durchführung der betreffenden Vorschrift zu halten sein, und auch wohl von einsichtigen Vorsitzenden stets gehalten werden. Der Civilproceß wird so an den gleichen Vorzügen des Strafverfahrens in den meisten Fällen Theil nehmen, was in meinen Augen ein unberechenbarer Gewinn ist, und es erscheint deshalb völlig consequent und natürlich, auf die Analogie des Strafverfahrens Bezug zu nehmen, wenn man dem zweiten Richter in Civilsachen eine Abänderung der thatsächlichen Feststellung des ersten Richters mit Rücksicht auf die Quelle der Erkenntniß entzieht. Der Vorschlag, eine wiederholte Prüfung der Beweisfrage nur insoweit auszuschließen, als die Auskunftspersonen wirklich vor dem erkennenden Gericht vernommen worden sind, muß schon an seiner Unausführbarkeit scheitern, denn es wird sich in zahlreichen Fällen gar nicht ermitteln lassen, welches Stück der richterlichen Ueberzeugung der einen oder anderen Quelle seinen Ursprung verdankt. Man vergesse doch bei legislativen Versuchen nicht, daß es unmöglich ist, dem Gedanken des Gesetzgebers für jeden einzelnen Fall die entsprechende Wirkung zu sichern, daß es sich vielmehr um eine Zeichnung in großen Linien und Umrissen handelt, bei welcher das Detail nur verhältnißmäßig geringe Berücksichtigung finden kann!

Wenn ferner gegen die Analogie des Strafverfahrens hervorgehoben wird, daß die Thatfrage in demselben die Hauptrolle spiele, während in dem Civilprocesse meistentheils nicht sowohl die Thatsache selbst, als ihre rechtliche Bedeutung in Frage kommt, und auch die eigentlichen Thatfragen verwickelter, feiner, und mehr von rechtlicher Beurtheilung durchdrungen seien, als im Strafprocesse, so ist dies zwar vollständig

Digitized by Google

einzuräumen, daraus folgt aber nur, daß der Civilrichter ein geübteres Auge für die Trennung der thatsächlichen und rechtlichen Seite des Processes haben, und eine größere Aufmerksamkeit darauf lenken muß, als der Strafrichter. Daß jene Trennung aber möglich, ja nothwendig ist, und daß die rechtlichen Gesichtspunkte nach der Intention des Entwurfes der Cognition des zweiten Richters nach wie vor unterliegen werden, ist schon oben nachgewiesen.

Die Unmittelbarkeit der Parteivorträge, auch dies hat Herr Dr. Bähr richtig erkannt, ist im Anwaltsprocesse freilich nicht die gleiche, wie im Strafprocesse, weil ja die Partheien dort, wie er scharfsinnig bemerkt, „von Kopf bis zu Fuß maskirt" erscheinen. Darum ist man aber nicht berechtigt, die Unmittelbarkeit im Civilverfahren einen bloßen Schein zu nennen; denn jeder Advocat wird mir bezeugen, daß die Natur der von ihm vertretenen Sache, wenn er irgend welches Interesse für dieselbe hat, auf die Entwickelung des lebendigen Wortes nicht ohne Einfluß bleibt. Und auch im Strafprocesse heucheln ja die Angeklagten mehr oder weniger, der eine mit größerer, der andere mit geringerer Kunst. Eine vollständige Parallelisirung des Criminal- und Civilverfahrens, wie sie Herr Dr. Bähr den Verfassern des Entwurfes zum Vorwurf macht, ist freilich nicht zulässig, ich habe aber eine solche in den Motiven des Entwurfes nicht finden können und halte sie auch nicht für erforderlich, um die Ausschließung der Berufung auf die Analogie des Strafverfahrens zu stützen.

Gegen die von den Motiven des Entwurfes ferner vertretene Behauptung, daß die Zusammensetzung der Landgerichte, wie sie beabsichtigt wird, eine genügende Garantie hinsichtlich der thatsächlichen Würdigung des Rechtsstreits in erster Instanz abgebe, wird eingewendet, daß doch immer die erste Instanz präsumtiv die mindest erfahrenen und die mindest begabten Richter umfassen werde, und daß gerade in der Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsbegriffe jugendliche Richter am meisten und leichtesten irren. Hier ist zunächst wieder die zu enge Auffassung des Rechtsmittes der „Revision" Seitens des Herrn Dr. Bähr zu rügen. Die Subsumtion der Thatsachen unter die Rechtsbegriffe gehört eben nicht der rein thatsächlichen Würdigung an, und wird daher auch in den meisten Fällen der Revision unterliegen. Die rein thatsächliche Würdigung erfordert aber keine besondere juristische

Digitized by Google

Qualification, ja oft ist letztere ein Hinderniß derselben; ich habe wenigstens aus der Praxis Gelegenheit gehabt, zu erfahren, daß gerade die scharfsinnigsten Juristen häufig zu einer verkehrten Auffassung des Sachverhältnisses hinneigen. Zu einem richtigen thatsächlichen Spruche auf Grund einer mündlichen Verhandlung gehört aber vor allen Dingen außer gesundem Menschenverstande und Gerechtigkeitssinn, die wir ja ausnahmslos bei den Richtern voraussetzen, eine gewisse Spannkraft des Geistes und aufmerksame Verfolgung der Vorträge der Parteien und der Zeugenaussagen, wie überhaupt der ganzen Entwickelung der Sache. Diese geistige Spannkraft findet man aber bei jüngeren Richtern naturgemäß viel verbreiteter als bei älteren. Außerdem denkt sich Herr Dr. Bähr die Jugendlichkeit der Landgerichtsräthe und Assessoren doch etwas zu groß. Ich will ganz absehen von der practischen Vorbereitungszeit der Richter, so werden doch die jüngsten Kräfte wohl vorzugsweise den Amtsgerichten überwiesen werden, oder sich der Advocatur zuwenden, die Landgerichte aber werden sich aus den Amtsgerichten und den Advocaten zu rekrutiren haben. Das Rechenexempel, welches Herr Dr. Bähr in einer Anmerkung aufstellt und dahin auflöst, daß die von den Vertretern des Mündlichkeitsprincips in Aussicht gestellte Hebung des Anwaltsstandes ein Sinken des Richterstandes nothwendig zur Folge haben müsse, ist offenbar fehlerhaft; denn einmal ist dabei die Möglichkeit einer Ergänzung des Richterstandes aus den besten Kräften der Advocatur nicht in Rechnung gezogen, und ferner sind auch die Voraussetzungen des Exempels nicht richtig. Es ist leicht gesagt, daß immer nur eine bestimmte Summe von Kräften der Justiz zu Gebote stehe, aber nichts widerspricht mehr den thatsächlichen Verhältnissen. Die Summe jener Kräfte ist eine sehr veränderliche, sie richtet sich ganz nach den Aussichten, welche die Justiz neben anderen Lebensberufen in jedem einzelnen Zeitabschnitte auf Erlangung eines genügenden Auskommens, ehrenvoller Stellung, würdiger Beschäftigung u. dergl. m. gewährt. Wenn nun durch die Einführung eines mündlichen Verfahrens auch nur soviel erreicht würde, daß dem Richterstande eine große Last schriftlicher und zum Theil unangemessener Geschäfte abgenommen wird, so ist schon von dieser Reform allein zu hoffen, daß sie dem Stande eine größere Summe besserer Kräfte als bisher zuführen werde. Auch

Digitized by Google

die andere Voraussetzung ist unrichtig, daß man die Hebung des Anwaltstandes allein von einem Zuströmen der besseren Kräfte in denselben erwarte, vielmehr wird angenommen, daß die Erziehung und Ausbildung der Kräfte der Advocatur, mögen sie auch an sich auf demselben Niveau bleiben wie bisher, in einem mündlichen Verfahren eine günstigere sein, und daher zur Hebung des Anwaltstandes beitragen werde, ohne dabei dem Richterstande Eintrag zu thun, oder dessen bessere Kräfte zu absorbiren.

Wenn die Besetzung der erkennenden Collegialgerichte erster Instanz mit fünf Richtern in Aussicht gestellt wird, so ist doch nicht zu leugnen, daß eine solche Maaßregel die Garantieen für einen richtigen thatsächlichen Befund erhöhen würde. Wird dagegen hervorgehoben, daß der Einfluß des „Referenten" nach wie vor ein vorherrschender bleiben werde, namentlich in Bezug auf Feststellung des „Thatbestandes", so kann dem gegenüber nur auf das in dieser Beziehung schon oben Gesagte verwiesen werden.

Darauf ferner, daß die Gerichte erster Instanz den thatsächlichen Verhältnissen näher stehen als die Obergerichte, ist allerdings in dem Falle kein entscheidendes Gewicht zu legen, wenn die Sprengel der Untergerichte eine erhebliche Erweiterung erfahren, was dagegen die Entscheidungen der Handelsgerichte anbetrifft, so muß man den Motiven des Entwurfes vollkommen beipflichten, wenn sie betonen, daß es dem legislativen Gedanken dieser Einrichtung widerspreche, ihren thatsächlichen Befund einer Aenderung vom Standpunkte der Kritik Seitens eines nicht fachkundigen Richters zu unterwerfen. Es ist noch niemals daran gezweifelt worden, daß die eigentlichen „Handelsrichter" vorzugsweise den Beruf haben „das richtige Verständniß thatsächlicher Vorgänge" auf dem Gebiete des Handels zu vermitteln. In wie weit in jedem einzelnen Falle dieser Beruf auf den thatsächlichen Befund eingewirkt hat, läßt sich aus der Entscheidung regelmäßig gar nicht ermitteln, und es ist deshalb die Erwartung unberechtigt, daß die von den Handelsrichtern gegebene Aufklärung sich auch in der zweiten Instanz lebendig erweisen, und derselben zu Gute kommen werde. Mit Laienelementen durchsetzte Gerichte functioniren in ihrem thatsächlichen Spruche kaum anders als Geschworene, und diese Aussprüche haben mithin nahezu den gleichen Anspruch auf absolute Geltung wie die der



Digitized by Google

Geschworenengerichte. Es würde freilich konsequent sein, wie Herr Dr. Bähr unterstellt, schon in erster Instanz die thatsächliche Feststellung den fachkundigen Beisitzern allein zu überweisen; indessen so lange das Institut der Handelsgerichte ein gemischtes ist, wird von dieser Consequenz im Interesse der Stellung der Juristen im Collegium abgesehen werden müssen. Ich meinerseits würde kein Bedenken tragen, in Handelssachen den weiteren Schritt zur Einführung einer Civiljury zu thun.

Herr Dr. Bähr macht nun aber den Motiven des Entwurfes noch den Vorwurf einer Omission, indem er darauf hinweist, daß der zweite Richter, da er bereits ein Urtheil vor sich hat, und so gewissermaaßen auf den Schultern des ersten steht, präsumtiv sich in der Lage befindet, ein gerechteres Erkenntniß zu fällen, und zwar ebensosehr in thatsächlicher, wie in rechtlicher Beziehung. Allein diese Erwägung gilt ebenso vom dritten Richter gegenüber dem zweiten Erkenntnisse u. s. w. und führt in ihrer Consequenz wie auch die Motive (S. 241 und 242) andeuten, zu einer unbegrenzten Anzahl von Instanzen. Sie beruht auf dem Glauben, daß die Güte der Rechtspflege mit der Zahl der Instanzen wachse. Aber man mag sich doch bei der Gestaltung des Civilprocesses wenden, wie man will, überall begegnet man der alten Antinomie zwischen den Forderungen der Raschheit und der Gründlichkeit. Beide Forderungen haben Anspruch auf Gehör, so sehr sie einander entgegen sind. Der gemeinrechtliche Proceß kann wohl in jeder Beziehung als das Muster einer einseitigen Beachtung der „Gründlichkeit" angesehen werden, das schnelle Tempo des modernen Lebens drängt aber immer mehr auf die entgegengesetzte Bahn, und die Beseitigung der Berufung erscheint als eine der wichtigsten Etappen auf derselben. Man hat sich auch wohl davon überzeugt, daß die Gerechtigkeit der Entscheidungen nicht in gleichem Verhältnisse mit der Zahl der Instanzen wachse, daß vielmehr Kritik und Ueberkritik vielfach verkehrte Resultate liefern, daß dagegen der erste und unmittelbare Eindruck, welchen der Richter in erster Instanz von den Thatsachen empfängt, wie so häufig bei menschlicher Betrachtung, der einzig richtige ist, und daß das fortwährende Wenden und Kneten des Materials der bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gerade dazu angethan ist, die Rechtssicherheit zu gefährden, und die Achtung vor der Justiz zu untergraben.

Digitized by Google

Wenn es also möglich ist, das Verfahren in erster Instanz mit solchen Garantieen zu versehen, daß man einer erneuten thatsächlichen Würdigung des Streites in zweiter Instanz entrathen kann, so steht die Umgestaltung des Rechtsmittels, wie sie der Entwurf beabsichtigt, vollständig auf der Höhe der Zeit und der Anforderungen, welche das moderne Verkehrsleben an die Rechtspflege zu stellen befugt ist.

Wenden wir uns nunmehr zu den politischen und finanziellen Motiven für das Rechtsmittel des Entwurfes. Im Vordergrunde steht hier die Tendenz zu einer starken, aber einfachen Gerichtsverfassung mit einer thunlichst geringen Zahl von Personen, zur Bildung von Oberlandesgerichten, als großer Gerichtskörper, welche sich über das Gebiet weiter Provinzen, ganzer Staaten und selbst Staatengruppen zu erstrecken haben, sowie die voraussichtlich günstige Rückwirkung dieser Organisationen auf die finanziellen Interessen des Staates und seiner Justizbeamten. Herr Dr. Bähr billigt nun zwar diese Rücksichten in vollem Maaße, will aber dasselbe Ziel durch Erhöhung der Appellationssummen erreichen, was er für ein geringeres Uebel hält als die Beschränkung des Rechtsmittels zweiter Instanz für alle Fälle auf eine revisio in jure. Im Widerspruche mit den Motiven des Entwurfes hält er die Trennung der thatsächlichen und rechtlichen Beurtheilung vom Standpunkte eines im Parthei-Interesse gegebenen Rechtsmittels für ebenso willkürlich als die Trennung nach Summen. Die Aufbesserung der Richtergehalte erachtet er zwar für ein dringendes Bedürfniß, er frägt aber, ob denn Deutschland gegenwärtig nicht im Stande sei, seine Richter anständig zu honoriren, ohne auf wesentliche Garantieen einer guten Rechtspflege zu verzichten. Er vermuthet ferner, daß man bei der neuen Einrichtung an Arbeitskräften nicht viel sparen, dagegen einen Ausfall an den Einnahmen erleiden werde, und bemerkt endlich, daß mit der Verlegung der thatsächlichen Entscheidung in die unterste Instanz das Ansehen der Justiz überhaupt herabgezogen werde.

Wenn ich meinen Standpunkt gegenüber diesen divergirenden Ansichten bezeichnen soll, so muß ich von vornherein bemerken, daß die Forderung einer guten Rechtspflege mir in erster Linie zu stehen scheint, und ich daher aus blos financiellen Rücksichten die Beseitigung eines bestehenden Rechtsmittels nicht gutheißen würde. Gewiß ist



Digitized by Google

Deutschland in keiner Periode seiner Geschichte mehr in der Lage gewesen, seinen Richtern eine würdige und angemessenere äußere Stellung zu gewähren, als gerade jetzt. Gehörte also die Berufung in ihrer gegenwärtigen Gestalt zu den wesentlichen Garantieen einer guten Rechtspflege, so müßte man sie in allen Processen ohne Unterschied des Objectes zulassen, denn sonst würde die gute Rechtspflege ein Privilegium der vermögenderen Klassen sein. Freilich hat die Ausscheidung der Thatfrage von der Beurtheilung des zweiten Richters, wenn man sie vom Standpunkte des Parthei-Interesses betrachtet, ebenfalls etwas Willkürliches, wenn sie aber durch innere, mit der ganzen Construction des Processes zusammenhängende Gründe geboten wird, und wenn dieser Proceß gegenüber dem bisherigen Verfahren einen Fortschritt auf der Bahn der guten Rechtspflege darstellt, so muß das einzelne Parthei-Interesse hinter diesen allgemeinen Interessen der Rechtspflege zurücktreten. Welche Folgen diese Reform nun weiter auf die Staatsfinanzen äußern wird, ob ein Ersparniß an Arbeitskräften eintreten, ob die Einnahmen oder Ausgaben wachsen werden, ist für mich, ich gestehe es offen, nur von untergeordneter Bedeutung. Wenn die Reform wirklich durch innere Gründe gerechtfertigt erscheint, so muß der Staat auch ihre Last auf sich nehmen. Uebrigens halte ich dergleichen Vorausberechnungen über die zukünftige Bilance des Justiz-Etats mit Rücksicht auf bevorstehende Reformen des Civilprocesses für außerordentlich unsicher sowohl nach der einen, wie nach der andern Seite hin, umsomehr, als bekanntlich die Ausgaben der Strafrechtspflege dabei die entscheidende Rolle spielen. Dagegen muß ich die beabsichtigte Neuerung entschieden wider den Vorwurf in Schutz nehmen, daß sie das Ansehen der Justiz überhaupt herabziehe. Ich muß hier zunächst daran erinnern, daß Herr Dr. Bähr das Rechtsmittel des Entwurfes viel zu eng auffaßt, wie ich bereits nachgewiesen habe, und daß er bei einer der Intention des Entwurfes adäquaten Auffassung des ersteren wohl kaum zu dem Resultate gekommen wäre, eine „Erniedrigung der Rechtspflege“ davon zu erwarten. Es wird aber auch bei jener Behauptung übersehen, daß einerseits die Ausschließung der rein thatsächlichen Beurtheilung eines Rechtsstreites von dem Forum der Obergerichte noch keine capitis deminutio derselben enthält, und daß andererseits das Ansehen der Justiz nur gewinnen kann, wenn die Bedeutung der Landgerichte

Digitized by Google

und ihrer Entscheidungen gestärkt wird. Eine solche Hebung ihrer Würde ist schon um ihrer selbst willen sowie mit Rücksicht auf ihre Stellung zu den Einzelrichtern wünschenswerth, und sie wird entschieden dazu beitragen, der Rechtsprechung im Volke den Theil des Ansehens wiederzugeben, welchen sie durch ein verkünsteltes Verfahren im Laufe der Zeiten eingebüßt hat. Die Beschränkung des Appellationsrichters in der thatsächlichen Beurtheilung der Strafsachen hat dem Ansehen der Justiz nichts geschadet, sondern ist eher vortheilhaft für dasselbe gewesen. Ein gleiches Resultat wird man in Civilsachen erwarten können. Wenn man einen wesentlichen Theil der Entscheidung über Leben und Freiheit der Staatsbürger dem „Kreisrichter" anvertraut hat, ohne das Wesen des Rechtsstaates zu alteriren, so wird man ihm auch ohne Schaden die minder wichtigen Interessen des Civilprocesses, soweit sie nur thatsächliche Beurtheilung erfordern, anheimgeben können. Ich kann nur wiederholen: der Schwerpunkt der Rechtspflege liegt in der ersten Instanz, da wo die Conflicte des Verkehrs ihren unmittelbaren und in der Regel ihren endlichen Ausgleich erhalten, nicht in den Obergerichten, bei denen nur ein geringer Procentsatz der Rechtsstreitigkeiten zu einer erneuten Prüfung gelangt. Darum hängt die Achtung vor der Justiz wesentlich von der Würde der Untergerichte ab; man vergleiche nur in dieser Hinsicht die Altpreußischen und die Rhein-Preußischen Zustände, und man wird sich von der Richtigkeit dieses Satzes überzeugen. Schon die Bezeichnung „Untergericht" und „Unterrichter" sollte deshalb im Interesse des richterlichen Ansehens überhaupt vermieden werden. Diejenigen politischen Fractionen und Fractiönchen aber, denen der „Kreisrichter" einen Gräuel ist, sind auch dem Appellationsrichter, wie überhaupt der Rechtsprechung nicht hold, und es wird für die Erweiterung des Rechtsweges, worauf Herr Dr. Bähr hindeutet, ganz unschädlich sein, wenn das Rechtsmittel zweiter Instanz auf ein engeres Gebiet beschränkt wird, als bisher.

Zur Unterstützung der übrigen Motive führen die Verfasser des Entwurfes noch einen mehr historischen Grund an, indem sie hervorheben, daß mit dem Wegfalle der Ursachen, welchen die römisch-rechtliche Appellation, das Vorbild der Berufung, ihr Entstehen und ihren Fortbestand verdanke, — Verfall des Staatswesens, Einführung schriftlichen Verfahrens und gesetzlicher Beweisregeln — die erneuerte volle

Digitized by Google

Instanz wenigstens gegen die Endurtheile der collegialischen Gerichte ihren Boden und ihre Rechtfertigung verloren habe.

Eine wissenschaftliche Untersuchung der Frage, welchen Gründen die römisch-rechtliche Appellation ihr Entstehen, oder richtiger ihre Ausbildung von einem außerordentlichen Rechtsmittel gegen die Decrete des rechtsprechenden Magistrats und gegen die Verfügungen aller sonstigen Magistrate zu einem ordentlichen, den ganzen Instanzenzug vom judex bis zum Kaiser hinauf beherrschenden ordentlichen Rechtsmittel verdanke, bedarf wohl einer größeren Vorbereitung und eines tieferen Eingehens in die Quellen als einer bloßen Ansicht der Inscriptionen des Pandektentitels de appellationibus, auf welche Herr Dr. Bähr zur Widerlegung obiger Sätze verweist. Ich lasse deshalb, und da mir das einschlagende wissenschaftliche Material fehlt, dahingestellt sein, ob man jenen historischen Vergleich als treffend gelten lassen darf oder nicht. Das „Schwergericht der Gründe des Entwurfes" für das einzuführende Rechtsmittel zweiter Instanz kann ich freilich darin nicht finden. Die Motive selbst führen den Gedanken nur als einen unterstützenden ein (S. 241 unten). Herr Dr. Bähr benutzt denselben als Ausgangspunkt zu einem geharnischten Angriffe gegen die Principien der Mündlichkeit und der freien Beweiswürdigung, indem er sich freilich zuletzt damit tröstet, daß in der Praxis doch Alles beim Alten bleiben, und wenn auch nicht de jure wohl aber de facto die Acten ihre unantastbare Herrschaft behalten würden.

Ich halte es für völlig zwecklos, den Streit über das Rechtsmittel zweiter Instanz auf diesen Gebieten fortzusetzen, umsomehr, als Herr Dr. Bähr selbst einen Kampf gegen die Grundprincipien des Entwurfes von vornherein als hoffnungslos erachtet. Ich will mich deshalb nur auf einzelne Bemerkungen beschränken.

Gewiß ist es richtig, daß die gegenwärtige Reformbewegung in mancher Hinsicht an die Hoffnungen erinnert, welche man seiner Zeit der in den Preußischen Proceß eingeführten Untersuchungsmaxime entgegentrug. Was folgt aber daraus? Nichts weiter, als daß das Reformbedürfniß damals mindestens ein gleiches war, wie heute, nur daß man sich bei der ersten Ausführung in dem, was niederzureißen und in dem, was zu erhalten war, unglücklicherweise vergriff. Nicht an die unschuldige Verhandlungsmaxime, sondern an das Uebermaaß

Digitized by Google

der Schriftlichkeit, an die vorwiegende Herrschaft der Acten und an die künstlichen Beweisregeln mußte die Axt gelegt werden. Damals reformirte man aus einem vorgefaßten Gedanken heraus, wie es dem achtzehnten Jahrhundert eigen war, jetzt stützt man sich auf die langjährigen Erfahrungen anderer Länder, und hat deshalb einen gleichen Mißerfolg nicht zu befürchten. Eine Vorliebe für französisches Wesen kann man dem heutigen Deutschland wahrlich nicht vorrücken. Und es ist auch gar nicht an dem, daß mündliches Verfahren und freie Beweistheorie französischen Ursprungs seien. In der Annahme dieser Principien kann ich nur die Rückkehr zu den naturgemäßen Grundlagen des Proceßverfahrens bei allen civilisirten Völkern finden, während der gemeinrechtliche Civilproceß und die von ihm abstammenden Gestaltungen das Product einer dem Leben völlig entfremdeten Scholastik sind.

Was speciell die freie Beweistheorie anbetrifft, so kann darüber gar kein Zweifel sein, daß dieselbe nicht dazu bestimmt ist, die materielle Lehre der Beweislast zu ändern. Die Motive sagen darüber (S. 316):

> „Im Uebrigen werden durch den §. 235 die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über die Beweispflicht, d. h. die Regelung der Frage, welche Thatsachen zur rechtlichen Begründung eines Anspruches und der dagegen zu erhebenden Vertheidigung gehören und folglich im Fall des Bestreitens des Gegners zu beweisen sind, nicht geändert."

Der §. 235 des Entwurfes kann hiernach unmöglich eine richterliche Ueberzeugung ohne jede thatsächliche Grundlage resp. ohne jede Beweisgründe zulassen wollen, und zwar ebensowenig von der Wahrheit als von der Unwahrheit einer Behauptung. Ich kann auch nicht zugeben, daß durch die Fassung des §. 235 das „non liquet" ausgeschlossen werde. Derselbe spricht nur von der Bildung der richterlichen Ueberzeugung. Ein wesentliches Moment der Ueberzeugung ist die positive innere Gewißheit über ein Sein oder ein Nichtsein, im Gegensatze dazu wird durch das „non liquet" die Ungewißheit des Richters über die behauptete Thatsache ausgedrückt. Wenn hiernach der §. 235 die richterliche Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit eines Vorbringens von den gesetzlichen Beweisregeln

Digitized by Google

befreit, so schließt er damit den Fall des „non liquet“ selbstredend nicht aus. Es ist daher nicht zulässig, für die Worte: „wahr“ und „nicht wahr“ nach dem Vorschlage des Herrn Dr. Bähr zu substituiren „bewiesen“ und „nicht bewiesen“. Will man das Wort „wahr“ ausmerzen, weil darüber „nur der allwissende Gott urtheilen könne“ (der Entwurf spricht auch nur von einem als wahr zu erachten) so muß man statt „wahr“ und „nicht wahr“ setzen: bewiesen und widerlegt; denn nicht-bewiesen, ist nur der contradictorische Gegensatz von bewiesen, während „nicht-wahr“ (unwahr) der conträre Gegensatz von „wahr“ ist. Eine vernünftig begründete Ueberzeugung von der Wahrheit oder Unwahrheit eines Vorbringens fordert allerdings auch der Entwurf. Man vergesse nur aber nicht, daß die richterliche Ueberzeugung nicht in demselben Sinne objective Gültigkeit haben kann, wie die Sätze der Logik, der Mathematik oder auch nur der empirischen Naturwissenschaft. Man mag sich auf den Standpunkt der Idealisten stellen, welche nur der aprioriischen Erkenntniß objective Wahrheit zuschreiben, oder man mag mit den Realisten behaupten: Alles Wahrgenommene ist wahr (sofern es keinen Widerspruch enthält), so ist doch der Richter niemals in der Lage, aus einer aprioristischen Quelle, und nur sehr selten (etwa bei Einnahme des Augenscheins) aus eigener Wahrnehmung eine thatsächliche Ueberzeugung von den Vorgängen zu schöpfen. Er ist meistentheils auf solche Erkenntnißmittel angewiesen, bei denen allein der Glaube*) an ihre Uebereinstimmung mit der Wirklichkeit — wie bei den Aussagen aller Auskunftspersonen, seien es nun Zeugen oder Sachverständigen — zu einer Gewißheit führen kann. In der richterlichen Ueberzeugung sind daher fast regelmäßig sehr bedeutende subjective Bestandtheile zu finden. Man muß nur einmal unter Geschworenen gesessen haben, um zu erfahren, was richterliche Ueberzeugung heißt. In demjenigen Verfahren, welches von einem System gesetzlicher Beweisregeln beherrscht wird, bedarf der Richter überhaupt keiner inneren Ueberzeugung von den thatsächlichen Vorgängen, er hat nur die mechanische Aufgabe, das Resultat der Beweisaufnahme an dem Maaßstabe der gesetzlichen Beweisregeln zu prüfen, um sein liquet oder non liquet auszusprechen.

*) Wie auch der Ausdruck Glaubwürdigkeit eines Zeugen u. s. w. andeutet.

Digitized by Google

Hält man diesen Zustand für einen der richterlichen Thätigkeit unwürdigen, wie er es in der That ist, und auch nicht für durchschnittlich geeignet zur Ermittelung des wahren Sachverhaltes, dann muß man auch mit der Einführung einer wirklichen richterlichen Ueberzeugung in den Civilproceß ein gutes Stück Subjectivismus in den Kauf nehmen. Aeltere Richter, denen das Urtheilen nach positiven Beweisregeln zur zweiten Natur geworden ist, werden allerdings noch lange die Fesseln nachempfinden, die sie getragen haben, wie die Erfahrungen im Strafprocesse gelehrt haben, nach Verlauf einiger Zeit wird sich jedoch, ebenso wie hier, unzweifelhaft eine gesunde und naturgemäße Praxis entwickeln. Und man frage nur bei den Verwaltern der Strafrechtspflege in Preußen herum, ob einer von ihnen die Beweisregeln der Criminalordnung zurückwünscht. Es ist durchaus kein Grund, für den Civilproceß ein anderes Resultat zu erwarten.

Zum Schluß spricht Herr Dr. Bähr seine Ueberzeugung dahin aus, daß das Unbefriedigende der Proceßzustände mindestens eines Theiles der Deutschen Länder weniger in den Institutionen als in dem allgemeinen Zustande der Rechtsbildung liege. Für die Besserung dieses Zustandes sei es vor allen Dingen nöthig, die geistige Führerschaft der Obergerichte, insbesondere auch der Appellationsgerichte auf dem Gebiete practischer Rechtswissenschaft zu erhalten. Das Rechtsmittel der Berufung könne daher auch aus diesem Gesichtspunkte nicht entbehrt werden. Gegenüber diesen Ausführungen kann ich nur wiederholt darauf verweisen, daß dieselben ebenso wie der größte Theil der übrigen gegen das Rechtsmittel des Entwurfes erhobenen Bedenken auf einer mißverständlichen Auffassung desselben beruhen. Die rein thatsächliche Würdigung der Vorgänge, welche allein von der zweiten Instanz ausgeschlossen sein soll, hat mit der geistigen Führerschaft der Obergerichte auf dem Gebiete der practischen Rechtswissenschaft nichts gemein, im Gegentheil glaube ich annehmen zu können, daß gerade die Ausschließung der reinen Thatfrage von der Entscheidung des zweiten Richters die Oberlandesgerichte von einer großen Last unfruchtbarer und geistloser Beschäftigung befreien, und sie durch Concentration ihrer Thätigkeit auf die eigentliche Rechtsprechung in Zukunft zu dem Berufe jener geistigen Führerschaft noch intensiver befähigen wird.

Digitized by Google

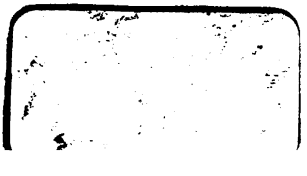
Die positiven Resultate aus der gesammten vorstehenden Betrachtung, wenngleich dieselbe zum größten Theil polemischer Natur ist, ergeben sich von selbst und sind in den einzelnen Abschnitten bereits ausgesprochen. Es erübrigt sich daher eine Zusammenstellung derselben, da sie nur Gesagtes wiederholen würde. Nur das glaube ich nicht oft genug betonen zu können, daß das Rechtsmittel des Entwurfes als eine unausweichliche Consequenz aus dem System der für das Verfahren in erster Instanz angenommenen Grundsätze erscheint. Daß bei der Reform des Civilprocesses und namentlich bei einer radicalen Umgestaltung der Rechtsmittel die größte Vorsicht geboten, und daß Zerstören leichter ist, als Wiederaufbauen, — mit solchen, ganz allgemeinen Sätzen läßt sich das positive Ergebniß der Untersuchung über einen bestimmten Gesetzesvorschlag weder bestätigen noch widerlegen. Jedenfalls ist man berechtigt, denselben entgegenzuhalten, daß bei der Gesetzgebung, wie überhaupt in politischen Dingen nichts gefährlicher ist, als **unconsequente und halbe Maaßregeln**. Freilich erscheint reifliche und allseitige Erwägung am Platze, ist aber einmal ein bestimmter practischer Schritt als nothwendige Folge aus gewissen, für heilsam befundenen Grundsätzen erkannt, dann muß der Gesetzgeber auch den Muth haben, diesen Schritt in seinem vollen Umfange zu thun, unbekümmert darum, ob er neu und auffallend erscheint. Dieser gesetzgeberische Muth ist allerdings nur selten anzutreffen, darum müssen wir ihn desto freudiger begrüßen, wo wir seiner ansichtig werden.

Druck von J. Träger's Buchdruckerei (C. Feicht) in Berlin.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google